

Transfusion und Transplantation in strafrechtlicher Sicht

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Dieter Kinzel

1967



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA40154008_0048

Transfusion und Transplantation in strafrechtlicher Sicht

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Dieter Kinzel

1967

Erstgutachter: Prof.Dr.jur. Dr.med.h.c. Karl Engisch

Zweitgutachter: Professor Dr.jur. Reinhart Maurach

Tag der mündlichen Prüfung: 21.Juli 1967

Meinen Eltern
in Dankbarkeit gewidmet

Inhaltsverzeichnis

	Seite:
Einleitung	1
Darstellungsfolge	2
I. Die medizinische Materie	3
1. Die Bluttransfusion	3
a) Begriff, Geschichte und Grundlagen	3
b) Indikation, Gefahren und deren Ausschaltung	5
2. Die Transplantation	6
II. Der Eingriff am Spender und seine Rechtfertigung	9
A. Die rechtliche Qualifikation des Eingriffs am Spender	9
1. Das Fehlen unmittelbarer Heiltendenz	9
2. Tatbestandserfüllung des § 223 StGB in der Alternative der Gesundheitsbeschädigung	10
3. Nichterfüllung des Tatbestandes des § 223a StGB	12
a) Die nichtbeabsichtigten Verletzungen	13
b) Die beabsichtigten Verletzungen	14
B. Die Rechtfertigung der Körperverletzung durch Einwilligung	16
1. Wesen der Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit	17
2. Vertretung des Einwilligungsunfähigen	19
3. Einwilligungserklärung und Gegenstand der Einwilligung	23
4. Aufklärung des Spenders	26
5. Der vom Spender verfolgte Zweck	28
6. Die Sittenwidrigkeit der Tat und der lebensgefährdende Eingriff	30

III. Der zwangsweise Eingriff am "Spender" im über- gesetzlich rechtfertigenden Notstand	34
1. Überblick über die Problematik	34
2. Der Begriff des übergesetzlichen Notstandes und die Güter- und Pflichtenkollision	36
3. Die einzelnen Notstandskriterien	37
a) Gegenwärtigkeit der Gefahr	38
b) Erfordernis des einzigen Mittels	39
aa) Die Hilfspflichtigen aus § 330c StGB	41
bb) Die Garanten	42
4. Die Güterabwägungstheorie	45
5. Die Zwecktheorie	47
6. Die Interessenabwägungstheorie	49
a) Abwägung der konkret betroffenen Interessen	50
b) Abwägung und Wertung des Ergebnisses an Hand oberster Wertprinzipien	52
aa) Das Verhältnis von Menschenwürde und so- zialer Gemeinschaft im Grundgesetz	53
bb) Das Recht auf Freiheit und körperliche Unversehrtheit nach Art.2 II GG	55
aaa) Eingriffenur durch formelles Gesetz	56
bbb) Sachlich-inhaltliche Einschränkungen	57
IV. Die Schweigepflicht bezüglich des Spenders	61
1. Der Zweck der ärztlichen Schweigepflicht und das von ihr geschützte Geheimnisverhältnis	62
2. Begriff und Umfang des "fremden Geheimnisses"	64
3. Der Kreis der Schweigepflichtigen und der Begriff der "beruflichen Kenntniserlangung"	68
4. Die befugte Geheimnisoffenbarung	71
V. Die strafrechtliche Haftung des Blutspenders	77

1. Die Strafbarkeit des Blutspenders nach § 7 IV,V des Geschlechtskrankheitengesetzes	77
2. Strafbarkeit wegen Körperverletzung	79
a) Vorsätzliche Körperverletzung in Form des dolus eventualis	80
b) Fahrlässige Körperverletzung in Form der luxuria	80
c) Fahrlässige Körperverletzung in Form der negligentia	81
VI. Der ärztliche Kunstfehler, insbesondere im Hinblick auf die Bluttransfusion	82
1. Der ärztliche Kunstfehler im Sinne der Verletzung primärer Sorgfaltspflichten	82
a) Objektiver Fehlerbegriff	82
b) Die "Richtlinien" bei der Bluttransfusion	85
2. Der Kunstfehler als Verletzung sekundärer Sorgfaltspflichten	89
a) Das Bestehen sekundärer Sorgfaltspflichten	89
b) Inhalt und Umfang der Sorgfaltspflichten, insbesondere der Vertrauensgrundsatz	91
c) Kommunikationsmängel und Koordinationsmängel	93
3. Die Kausalität des Kunstfehlers für den eingetretenen Erfolg	95
VII. Das Selbstbestimmungsrecht des Empfängers im Hinblick auf den lebensrettenden Eingriff	100
1. Die Garantenstellung des Arztes	101
2. Die Hilfspflicht gemäß § 330c StGB	102
a) Selbstmortalternative	103
b) Die tatsächliche Gefahrenlage als Unglücksfall	104

Literaturverzeichnis

- Andina, Fritz Die freien Hauttransplantationen einschließlich der Frage der Homöo-Transplantation, in: Ergebnisse der Chirurgie und Orthopädie 38.Bd.(1953) S.177
- Arndt, Adolf Unter "Umwelt und Recht" in NJW 63/848
- Baumann, Jürgen Strafrecht Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch, 4.Aufl., Bielefeld 1966
- Körperverletzung oder Freiheitsdelikt? in: NJW 58/2092
- Implizierte Rechtswidrigkeit bei Tatbestandsfassungen, in: JZ 60/8
- Beling, Ernst Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe, in: ZStW 44/220,1924
- Bernau, Reinhold Der Begriff des gefährlichen Werkzeugs im § 223a StGB, Str.Abh.Bd.2, Breslau 1897
- Binding, Karl Die Normen und ihre Übertretung, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1919, Aalen 1965 Bde. I und IV
- Bockelmann, Paul Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, in: NJW 61/945
- Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten, in: JZ 62/525
- Boehmer, Gustav Zum Problem der Teilmündigkeit Minderjähriger - Bemerkungen zu dem Urteil des ZS des BGH vom 5.12.1958, MDR 59/383, in: MDR 59/705
- Bohne-Sax Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses, in: Deutsche Landesreferate vom III. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung 1950, 948
- Coing, Helmut Das Grundrecht der Menschenwürde, der strafrechtliche Schutz der Menschlichkeit und das Persönlichkeitsrecht des bürgerlichen Rechts, in: SJZ 47/641
- Deutsche Gesellschaft Das Bluttransfusionswesen. Sammlung der für Bluttransfusion Gesetze und Richtlinien mit Kommentar, Stuttgart

- Diepgen, Paul Geschichte der Medizin, I.Band
Berlin 1949
- Dohna, Alexander Graf zu
Die Rechtswidrigkeit als allgemein gül-
tiges Merkmal im Tatbestande strafbarer
Handlungen, Halle 1905
- Dürig, Günter Die Menschenauffassung des Grundgesetzes,
in: JR 52/259
- Ebermayer, Ludwig Arzt und Patient in der Rechtsprechung,
Berlin 1925
- Engisch, Karl Untersuchungen über Vorsatz und Fahrläs-
sigkeit im Strafrecht, Berlin 1930
- Die Kausalität als Merkmal der straf-
rechtlichen Tatbestände, Tübingen 1931
- Euthanasie und Vernichtung lebensunwer-
ten Lebens in strafrechtlicher Beleuch-
tung, Stuttgart 1948
- Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen
Operation, in: Stich-Bauer: Fehler und
Gefahren bei chirurgischen Operationen,
4.Aufl. Bd.II, Jena 1958, S.1521
- Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und
Einwilligung, in: ZStW 58 (1938),S.1
- Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei
Rechtfertigungsgründen, in: ZStW 70 (1958),
S.566
- Anmerkung zum Urteil des BGHSt vom
22.4.1955, in: NJW 55/1688
- Irrtümer und Fehler des Chirurgen, in:
Langenbecks Archiv Bd.273 (1952),S.428
- Die Haftung des operierenden Chirurgen
nach den §§ 222,230 StGB für Fehler der
Operationsschwester, in: Langenbecks
Archiv, Bd.288 (1958),S.573
- Wie ist rechtlich die Verantwortlichkeit
des Chirurgen im Verhältnis zur Verant-
wortlichkeit des Anaesthesisten bei ärzt-
lichen Operationen zu bestimmen und zu
begrenzen, in: Langenbecks Archiv,
Bd.297 (1961),S.236

- Engisch, Karl Einführung in das juristische Denken, 2.Auflage, Stuttgart 1956
- Die rechtliche Beurteilung des ärztlichen Eingriffs unter besonderer Berücksichtigung des Suicidpatienten, in: Heidelberger Jahrbücher IV, 1960, S.47
- Arzt und Patient in der Sicht des Strafrechts, in: Universitas 1965 Heft 5/469
- Erbs-Kohlhaas Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar Bd.I, München und Berlin
- Erdsiek Unter: Umwelt und Recht, in: NJW 59/807
- Ermel Schadensanspruch wegen unzulässiger Blutentnahme, in: Münchner Medizinischer Wochenschrift 1931/1326
- Exner, Franz Fahrlässiges Zusammenwirken, in: Frank-Festschrift Bd.I, Tübingen 1930, S.569
- Frank, Reinhard Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, Kommentar, 18.Aufl., Tübingen 1931
- Gallas, Wilhelm Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund, in: Mezger-Festschrift, München und Berlin 1954, S.311
- Zur Revision des § 330c StGB, in: JZ 52/396
- Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung, in: JZ 60/649 u.686
- Garré - Stich - Bauer Lehrbuch der Chirurgie, 16./17.Aufl., Göttingen-Heidelberg 1958
- Geilen, Gerd Stillschweigen des Angehörigen beim Mordkomplott, in: FamRZ 64/385
- Görlich, Walter Die Hilfeleistungspflicht bei Unglücksfällen gemäß § 330c StGB, Diss.Erlangen 1943
- Gohrbrandt, E. Homoio-Hetero- und Alloplastik, in: Langenbecks Archiv Bd.279 (1954), S.14
- Goldhahn-Hartmann Chirurgie und Recht, Stuttgart 1937

- Grünwald, Gerald Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte, in: ZStW 70(1958), S.412
- Die Aufklärungspflicht des Arztes, in: ZStW 73 (1961) S.5
- Hamann, Andreas Grundgesetz und Strafgeseztgebung, Strafrecht, Strafverfahren und Kriminologie, Bd.7, Berlin 1963
- Hansen, Georg Einwilligung des Verletzten bei Fahrlässigkeitstaten, im besonderen das bewußte Eingehen eines Risikos durch den Geschädigten, Diss.Bonn 1963
- Hellner-Nissen-Vosschulte Lehrbuch der Chirurgie 3.Aufl., Stuttgart 1962
- Henkel, Heinrich Das Methodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten, in: MschrKrim. 1961/178
- Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, in: Mezger-Festschrift, München und Berlin 1954, S.249
- Hirsch, Hans Joachim Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, in: ZStW 74(1962), S.78
- Hülle Anmerkung zum Urteil des BGH, in: LM 1958 § 222 StGB Nr.40
- Kant, Immanuel Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Werke in 6 Bänden, hrsgg. von Wilhelm Weischedel, Darmstadt 1956, Bd.IV S.11
- Kaufmann, Arthur Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, in: Schmidt-Festschrift, Göttingen 1961, S.200
- Die eigenmächtige Heilbehandlung, in: ZStW 73 (1961), S.341
- Kern, Eduard Schutz des Lebens, der Freiheit und des Heims, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 2.Band, Berlin 1954, S.51

- Kienapfel, Diethelm Körperliche Züchtigung und soziale Ad-
äquanz im Strafrecht,
Freiburger Rechts- u-Staatswissenschaft-
liche Abhandlungen Band 16, Karlsruhe
1961
- Kleinewefers-Wilts Die Schweigepflicht der Krankenhauslei-
tung, in: NJW 64/428
- Kohlrausch-Lange Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und
Nebengesetzen, 43.Aufl., bearb. von
Richard Lange, Berlin 1961
- Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar)
Begründet von Ludwig Ebermayer, Adolf
Lobe, Werner Rosenberg, fortgeführt von
Johannes Nagler, 8.Aufl., herausgg. von
Heinrich Jagusch, Edmund Mezger ge-
meinschaftlich mit August Schaefer und
Wolfhart Werner
1. Bd. Berlin 1957 (zit. LK I)
2. Bd. Berlin 1958 (zit. LK II)
- Lenckner, Theodor Die Einwilligung Minderjähriger und deren
gesetzlicher Vertreter, in: ZStW 72 (1960),
S.446
- Der rechtfertigende Notstand, Tübinger
Rechtswissenschaftliche Abhandlungen
Bd.14, Tübingen 1965
- Lexer-Rehn Lehrbuch der Allgemeinen Chirurgie,
1.Bd., 22.Aufl., Stuttgart 1957
- v.Liszt, Franz Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,
16./17.Aufl., Berlin 1908
- v.Mangoldt-Klein Das Bonner Grundgesetz, Kommentar
Bd.I, 2.Aufl., Berlin u.Frankfurt a.M.
1957
- Matthes, M. Bluttransfusion und Blutersatz, in:
Heilmeyer-Hittmair, Handbuch der gesamten
Hämatologie, 3.Bd., 1.Teil, München und
Berlin 1960, S.149
- Maunz-Dürig Grundgesetz, Kommentar, Bd.I,
München und Berlin Stand 1966
- Maurach, Reinhart Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil.
Ein Lehrbuch, 3.Aufl., Karlsruhe 1965
- Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil.
Ein Lehrbuch, 4.Aufl., Karlsruhe 1964
- Anmerkung zum Urteil des BGHSt vom
8.5.1956, in: JR 56/348

- Maurach, Reinhart Kritik der Notstandslehre, Berlin 1935
- Merkel, Adolf Die Kollision rechtmäßiger Interessen
und die Schadenersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, Straßburg 1895
- Mezger, Edmund Strafrecht. Ein Lehrbuch,
3.Aufl., Berlin u.München 1949
- Die subjektiven Unrechtselemente, in:
GerS 89 (1923), S.207
- Strafrecht I. Allgemeiner Teil.
Ein Studienbuch,
9.Aufl., München u.Berlin 1960
- Strafrecht II. Besonderer Teil.
Ein Studienbuch,
7.Aufl., München u.Berlin 1960
- Mezger-Blei Strafrecht I. Allgemeiner Teil
Ein Studienbuch,
11.Aufl., München u.Berlin 1965
- Strafrecht II. Besonderer Teil
Ein Studienbuch,
9.Aufl., München u.Berlin 1966
- Mittelbach, Anmerkung zum Beschluß des OLG München
vom 26.4.1956, in: MDR 56/565
- Mittermaier Anmerkung zum Urteil des RGst
vom 11.6.1925, in: JW 25/2250
- Niese, Werner Ein Beitrag zur Lehre vom ärztlichen
Heileingriff, in: Schmidt-Festschrift,
Göttingen 1961, S.364
- Nipperdey, Hans Carl Die Würde des Menschen, in:
Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte,
2.Bd., Berlin 1954, S.1
- Noll, Peter Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe
im besondern die Einwilligung des Verletzten, Basel 1955
- Tatbestand und Rechtswidrigkeit:
Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, in: ZStW 77 (1965), S.1
- v.Olshausen, Justus Kommentar zum Strafgesetzbuch,
12.Aufl., Berlin 1942
- Oppenheim, L. Die rechtliche Beurteilung der ärztlichen
Eingriffe, in: Zeitschrift für Schweizer Strafrecht,
6.Jahrg., Bern 1893/332

- Oppenheim, L. Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen am Kranken und Gesunden, Basel 1892
- Peters, Hans Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in: v.Laun-Festschrift, Hamburg 1953, S.669
- Petersen, Peter Die Haftung des Arztes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in: DRiZ 1962/194, 233
- Pürckhauer, Fritz Blutspenderzentrale, in: Kuhns, Das gesamte Recht der Heilberufe, Berlin 1958
- Reinhardt, Uwe Einige Bemerkungen zum Dohrn-Urteil, in: JR 64/368
- Reissigl, Hans Die Bluttransfusion. Wien 1961
- Rottländer, D. Rechtsfragen bei Bluttransfusionen, in: Therapiewoche 1964, Heft 23/1133
- Roxin, Claus Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, in: ZStW 74 (1962), S.411
- Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, in: JuS 64/373
- Sauer, Wilhelm Allgemeine Strafrechtslehre, Lehrbuch, 3.Aufl., Berlin 1955
- Sauter, Fritz Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz, Str.Abh. Bd.123, Breslau 1910
- Sax, Walter Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 3.Bd., 2.Halbbd. Berlin 1959, S.909
- Schmidt, Eberhard Das Reichsgericht und der 'Übergesetzliche Notstand', in: ZStW 49 (1929), S.350
- Der Arzt im Strafrecht, Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 116, Leipzig 1939
- Die Besuchspflicht des Arztes unter strafrechtlichen Gesichtspunkten, 1949
- Anmerkung zum Urteil des BGHSt vom 28.11.1957 in JR 58/226

- Schmidt, Eberhard Bemerkungen zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Frage des Züchtigungsrechtes der Lehrer, in: JZ 59/518
- Schönke-Schröder Strafgesetzbuch. Kommentar, begründet von Adolf Schönke, fortgeführt von Horst Schröder, 12.Aufl., München und Berlin 1965
- Schorr, Marianne Zur Geschichte der Bluttransfusion im 19.Jahrhundert, Diss.Basel 1956
- Schröder, Horst Die Not als Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgrund im Deutschen und Schweizerischen Strafrecht, in: SchwZSt 76 (1960),S.1
- Eigenmächtige Heilbehandlung im geltenden Strafrecht und im StGB - Entwurf 1960, in: NJW 61/951
- Schwalm, Georg Die strafrechtliche Bedeutung der ärztlichen Aufklärungspflicht, in: MDR 60/722
- Schwarz-Dreher Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen,begründet von Otto Schwarz, fortgeführt von Eduard Dreher, Kommentar, 28.Aufl.,München u.Berlin 1965
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, IV.Bd. Familienrecht, 9.Aufl., Stuttgart 1963
- Spendel, Günter Die Kausalitätsformel der Bedingungs- theorie für die Handlungsdelikte, 1948
- Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, in: Schmidt-Festschrift, Göttingen 1961, S.183
- Spielmann, W. unter "Fragen aus der Praxis" in: Deutsche Medizinische Wochenschrift 1962/1017
- Stooss, Carl Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, Berlin 1898
- Stratenwerth, Günter Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, in: Schmidt-Festschrift, Göttingen 1961, S.383
- Ulsenheimer, Klaus Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Bonner Rechtswissenschaftl.Abhandlungen Bd.65, Bonn 1965

- Wachsmuth, W. in Langenbecks Archiv 301/812, 1962
- v.Weber, Hellmuth Die Pflichtenkollision im Strafrecht,
in: Kiesselbach-Festschrift, Hamburg
1947, S.233
- Welzel, Hans Das Deutsche Strafrecht, Lehrbuch,
9.Aufl., Berlin 1965
- Naturrecht und materiale Gerechtigkeit,
2.Aufl., Göttingen 1955
- Zur Problematik der Unterlassungsdelikte,
in: JZ 58/494
- Wernicke in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz
(Bonner Kommentar) 1950 ff.
- Wintrich, J.M. Die Bedeutung der 'Menschenwürde' für
die Anwendung des Rechts, in:
Bay VBl. 57/137
- Woesner, Horst Fragen ärztlicher Geheimhaltungspflicht,
in: NJW 57/692
- Generalklausel und Garantiefunktion der
Strafgesetze, in: NJW 63/273
- Wolff, Ernst-Amadeus Kausalität von Tun und Unterlassen,
Heidelberg 1965
- Württemberg, Thomas Zur strafrechtlichen Bedeutung des
Züchtigungsrechtes des Lehrers, in:
Deutsche Rechtszeitschrift 48/291
- Zimmerl, Leopold Strafrechtliche Arbeitsmethode de lege
ferenda, Berlin u. Leipzig 1931
- Zitelmann, Ernst Ausschluß der Widerrechtlichkeit, in:
Archiv für die Civilistische Praxis,
1906, Bd.99/1
- Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB)E 1960 mit Begründung.
Bundesrat Drucksache 270/60
- Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB)E 1962 mit Begründung
- Bundesratsvorlage - Bundesrat Drucksache 200/62
- Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechts-
kommission, Bonn.

E i n l e i t u n g

Wenn die strafrechtliche Literatur zum Problem des ärztlichen Eingriffs zu Heilzwecken einen fast unübersehbaren Umfang angenommen hat, so ist das nicht zuletzt auf die ungeheuer problematische Entscheidung des Reichsgerichts vom Jahre 1894 (RGSt 25/375) zurückzuführen, in welcher der ärztliche Heileingriff als tatbestandsmäßige Körperverletzung qualifiziert wurde, der nur durch die Einwilligung des Patienten (oder dessen Stellvertreters) gerechtfertigt werden könne. Diese in der Folgezeit von den Instanzgerichten übernommene Auffassung und vom Reichsgericht fortgeführte Rechtsprechung, die wie nie zuvor eine Rechtsprechungspraxis die Gemüter eines ganzen Berufsstandes sehr - und nicht zu Unrecht - heftig bewegt hat, ist in der Literatur größtenteils nicht nur auf Ablehnung gestoßen, sondern hat auch zu einer Reihe von Theorien geführt, die es sich zur Aufgabe gemacht haben, den ärztlichen Heileingriff dogmatisch - sinnvoll - zu bewältigen und aus dem Tatbestand der Körperverletzung auszuklammern. Die vorliegende Arbeit unternimmt es nicht, diese zum ärztlichen Heileingriff entwickelten Theorien darzustellen und sich mit ihnen auseinanderzusetzen, vielmehr hat sie sich das Ziel gesetzt, vornehmlich den gerade "die Interessen Dritter"¹ betreffenden Eingriff - bezogen auf Transfusion und Transplantation - zu untersuchen. Bei der Transfusion und der Transplantation besteht die Besonderheit, daß ein Heileingriff, der Eingriff am Empfänger, dem Blut oder sonstiges Körpergewebe übertragen wird, mit einem Eingriff an einem Dritten, dem Spender, medizinisch verknüpft ist. Die am Spender erfolgende Blut- oder Gewebeentnahme kann nun aber, obwohl sie mittelbar - bezogen auf den Empfänger - Heilinteressen verfolgt, nicht als Heileingriff qualifiziert werden². Zu untersuchen war daher, welchen Grundsätzen der Eingriff am Spender unter-

1) Vgl. Engisch, Die rechtliche Bedeutung ... , S.1550 f.

2) Mezger, Ib. S.245 bezeichnet die "Hingabe von Blut, Haut usw." als "Heilhilfe Dritter für einen Kranken".

liegt und welche Besonderheiten und Sonderprobleme sich dabei aus der medizinischen Materie ergeben. Der Eingriff am Empfänger wird nur im Zusammenhang mit dem ärztlichen Kunstfehler und unter dem Gesichtspunkt des Selbstbestimmungsrechts im Hinblick auf den lebensrettenden Eingriff behandelt.

Darstellungsfolge

Da sich das vorliegende Thema auf zwei ärztliche (i.e.S. chirurgische) Techniken bezieht und sich die Arbeit an diese anlehnt, erschien es zweckmäßig, dem rechtlichen Teil der Arbeit eine kurze Darstellung der medizinischen Materie voranzustellen. Entsprechend der medizinisch-praktischen Bedeutung nimmt den Schwerpunkt dabei die Bluttransfusion ein, deren Materie außerdem bei der rechtlichen Beurteilung dadurch einen besonderen Akzent bekommt, daß ihre Durchführung in amtlichen Richtlinien fixierten Anforderungen entsprechen muß, daß gesetzliche Blutspendeverbote bestehen und es schließlich sogenannte "Transfusionsverweigerer" gibt. Die (homoioplastische) Transplantation kommt weit weniger häufig als die Bluttransfusion vor, doch gewinnt sie durch die Fortschritte der Immunbiologie zunehmend an Bedeutung.

An diesen Vorspann schließen sich die rechtliche Qualifikation des Spendereingriffs und seine Rechtfertigung an, wobei insbesondere die Möglichkeit einer Stellvertretung im Willen bei der Einwilligung untersucht wird. Weitere Schwerpunkte und eigene Kapitel bilden die Fragestellungen, ob die ärztliche Schweigepflicht auch hinsichtlich des Spenders besteht und ob eine zwangsweise Blut- oder Gewebeentnahme in Notfällen durch die Prinzipien des übergesetzlichen Notstandes gerechtfertigt werden kann. Schließlich wird der ärztliche Kunstfehler vor allem im Hinblick auf Spender und Empfänger bei der Bluttransfusion dargestellt. Den Abschluß bilden die Fragen einer strafrechtlichen Haftung des Blutspenders für Schäden beim Empfänger und die Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts des Empfängers bei Verweigerung eines lebensrettenden Eingriffs.

I. Die medizinische Materie

1. Die Bluttransfusion

a) Begriff, Geschichte und Grundlagen

Unter dem Begriff der Bluttransfusion ist jede Übertragung menschlichen Blutes oder seiner Bestandteile von einem oder mehreren Spendern auf einen anderen Menschen (Empfänger) zu verstehen, die in Form der Frisch- oder Konservenblutübertragung in den Blutkreislauf des Empfängers erfolgt¹. Dem Begriff wesentlich ist, daß es sich immer um die Übertragung menschlichen Blutes (oder seiner Bestandteile) im Gegensatz zu künstlichen Ersatzlösungen handelt, wenn auch im medizinischen Sprachgebrauch zum Teil für die Übertragung von Konservenblut oder Blutbestandteilen der Begriff Infusion verwendet wird².

Die Geschichte der Bluttransfusion reicht zwar weit zurück bis in die Mythologie des griechischen Altertums³, ja bis nach Altchina⁴, doch kann man von ihrem eigentlichen Beginn erst mit der Entdeckung des Blutkreislaufs durch den Engländer Harvey (1616) und den sich daran anschließenden naturwissenschaftlichen Beobachtungen sprechen. 200 Jahre später - nach einer langen Zeit von Versuchen mit Übertragungen von Tier zu Tier und von Tier zu Mensch - führte der englische Geburtshelfer Blundell die erste Blutübertragung von Mensch zu Mensch durch⁵. Doch erst mit der Entdeckung der vier klassischen Blutgruppen des ABO Systems durch Landsteiner im Jahre 1900 und der Kenntnis der Zusammenhänge von Blutkreislauf und Blutgruppenforschung wurden erfolgreiche Transfusionen im großen Umfang sinnvoll und möglich⁶.

1) Vgl. Abschnitt I 1 der vom Bundesgesundheitsamt herausgegebenen amtlichen Richtlinien (Bundesgesundheitsblatt 1961, Nr.4 S.242).

2) So z.B. in Abschnitt I 1 b der aml. Richtlinien

3) Schorr a.a.O. S.7

4) Diepgen a.a.O. S.49

5) Hellner-Nissen-Vosschulte a.a.O. S.26

6) Lexner-Rehn a.a.O. S.50

Schon während des 1. Weltkrieges wurden Blutübertragungen in größerem Umfang durchgeführt und im 2. Weltkrieg - 1937 war mit der Entdeckung des Rh Faktors der für die praktische Anwendung wichtigste Abschnitt der Blutgruppenforschung abgeschlossen - fand die Übertragung von Blutkonserven allgemeine Anwendung⁷.

Obwohl heute 11 "eigentliche" Blutgruppensysteme bekannt sind und es insgesamt 73 Antigene gibt⁸, spielen für die Transfusionspraxis fast nur das ABO und das Rh System eine entscheidende Rolle.

Die Bezeichnung der Blutgruppen im ABO System erfolgt nach dem Vorhandensein bzw. Fehlen der Blutkörpereigenschaften A, B, AB und O im Blut. Diesen Blutkörpereigenschaften entsprechen bestimmte Blutgruppenantikörper im Blutserum des Blutes, die nur mit den Blutkörpern der gleichen (eigenen) Gruppe verträglich sind. Deshalb darf immer nur gruppengleiches Blut transfundiert werden, wobei Blut der Blutgruppe O unter bestimmten Umständen jedoch als Universalspenderblut verwendet werden kann.

Mit dem ABO System ist stets das Rh System verbunden, d.h. die Blutkörperchen besitzen entweder den sog. Rh Faktor, dann wird das Blut als Rh positiv (= Rh) bezeichnet, oder sie besitzen ihn nicht, dann wird das Blut als rh negativ (= rh) bezeichnet. Für dieses System gilt, daß Rh Blut nicht auf Empfänger übertragen werden darf, deren Blutkörperchen den Rhesusfaktor nicht besitzen, also rh negativ sind.

7) Heute bestehen in allen größeren Städten und allen größeren Krankenhäusern Blutspendedienste oder Blutkonservendepots.

8) Die meisten von ihnen können bei der praktischen Durchführung der Transfusion vernachlässigt werden, vgl. Hellner-Nissen-Vosschulte a.a.O. S.32; Garré-Stich-Bauer a.a.O. S.248

b) Indikation, Gefahren und deren Ausschaltung

Obwohl die Bluttransfusion ein unentbehrliches Hilfsmittel der modernen Operationspraxis geworden ist, darf sie nur bei strikter Indikation angewendet werden⁹, da sie mit einer Vielzahl möglicher Fehler und Gefahren verbunden ist.

Das spiegelt sich z.B. in folgenden Sätzen wider: "Bei einwandfreier Anzeigestellung, wie sie chirurgisch meist zur Erhaltung des Lebens gegeben ist, wird sich die Unsicherheit unseres Wissens und die Möglichkeit unbestimmter Reaktionen vertreten lassen. Bei den anderen Indikationen muß man diese Entscheidung erwägen und verantworten können"¹⁰. Die Zahl der Transfusionszwischenfälle wird schwankend mit etwa 3%, die Zahl der Todesfälle mit etwa 0,3% angegeben¹¹.

Als wichtigste Ursachen solcher Transfusionsstörungen kommen in Betracht aa) die Blutgruppenunverträglichkeit des ABO und Rh Systems, ganz selten auch die anderer Systeme¹², bb) pyrogene und allergische Reaktionen, die auf das Vorhandensein von toten Bakterien, Toxinen und Eiweißzerfallsprodukten im Transfusionsgut zurückzuführen sind¹³, cc) Krankheitsübertragungen (z.B. Hepatitis, Malaria, Lues) vom Spender auf den Empfänger.

Zur Ausschaltung dieser Gefahren hat sich in der Praxis ein System von Vorsichtsmaßnahmen entwickelt, das in den amtlichen Richtlinien fixiert ist und vor jeder Bluttransfusion¹⁴ Beachtung finden muß. Dazu gehören die Spenderauswahl mit Ausschluß aller ungeeigneten Spender, die genaue Bestimmung der ABO Blutgruppen und des Rh Faktors durch vorgeschriebene Testseren, die Durchführung der Kreuzprobe und bei

9) Garré-Stich-Bauer a.a.O. S.250

10) Reissigl a.a.O. S.190

11) Garré-Stich-Bauer a.a.O. S.250

12) Reissigl a.a.O. S.176

13) Garré-Stich-Bauer S.271

14) Für Notfalltransfusionen sind die Anforderungen in den Richtlinien zwar eingeschränkt, doch müssen auch hier Minimalanforderungen eingehalten werden.

Frischblutübertragungen die Durchführung eines Lues-schnelltestes¹⁵ und der biologischen Vorprobe nach Oehl-ecker. Bisher ungelöste Probleme bleiben jedoch die Vermeidung der Übertragung der Hepatitis¹⁶ und die Ausschaltung pyrogener und allergischer Reaktionen¹⁷.

2. Die Transplantation

Der Begriff bezeichnet die chirurgische Operation bzw. Technik, lebendes Gewebe von einer Stelle des Körpers an eine andere Stelle zu verpflanzen. Daneben wird etwa gleichbedeutend der Ausdruck Plastik verwendet, der sich auch auf die Einpflanzung körperfremden toten Materials bezieht (sog. Alloplastik). Nach dem Verwandtschaftsgrad des verpflanzten Gewebes unterscheidet man die autoplastische Transplantation - Verpflanzung körpereigenen Gewebes -, die homoioplastische Transplantation - Gewebsverpflanzung von Mensch zu Mensch - und die heteroplastische Transplantation, die Gewebsverpflanzung vom Tier auf den Menschen.

Während die autoplastische Transplantation, die schon der altindischen Chirurgenkunst (etwa 1500 v.Chr.) bekannt war¹⁸, in der kosmetischen Chirurgie als Haut- oder Knochenverpflanzung ein großes Anwendungsgebiet besitzt¹⁹, ist die hier interessierende - den Eingriff am Spender (Dritten) betreffende - homoioplastische Transplantation

15) Bei der Verwendung von Konservenblut wurden Luesübertragungen noch nie festgestellt - das Problem der Vermeidung der Luesübertragung besteht hier also nicht - doch ist wissenschaftlich noch nicht geklärt, worauf das zurückzuführen ist, vgl. Reissigl a.a.O. S.192

16) Vgl. die Bemerkung von Wachsmuth auf der 79.Tagung der Deutschen Gesellschaft für Chirurgie a.a.O.: "Die hämatogene Hepatitis ist für uns alle bei der Bluttransfusion zu einer Art Damoklesschwert geworden."

17) Garre-Stich-Bauer a.a.O. S.271

18) Diepgen a.a.O. S.44

19) Garre-Stich-Bauer S.185

von geringerer praktischer Bedeutung. Für sie gilt noch heute, was der auf diesem Gebiet bahnbrechende Chirurg Erich Lexer vor 50 Jahren gesagt hat, - daß sie ein "ungelöstes" Problem darstellt²⁰. Diese Tatsache hängt mit der bei jedem Menschen verschiedenen Zusammensetzung der Eiweißgruppen zusammen. Der biochemische Unterschied der Zellen, deren Individualität, und die Unverträglichkeit der verschiedenen Eiweißkörpergruppen²¹ bedingen, daß eine Einheilung des Transplantates durch Anschluß an den Stoffwechsel der Umgebung (des Wirts) nicht erfolgt.

"Die freie Transplantation ist aber nur dann als gelungen zu betrachten, wenn das verpflanzte Gewebe nicht nur einheilt und die ihm zugeordnete Aufgabe erfüllt, sondern sich lebend verhält und sich an dem stets notwendigen Umbau beteiligt"²². Nach einhelliger Auffassung erleidet aber jedes Homoiotransplantat das gleiche Schicksal²³, nach einer Zeit von etwa 3 Wochen wird es abgestoßen oder aufgesaugt, so daß es zu einer endgültigen An- oder Einheilung nicht kommt²⁴. Trotz dieser sogenannten biologischen Erfolglosigkeit der Transplantation spricht man von einem klinischen Erfolg insofern, als das Transplantat während der Zeit bis zur Abstoßung oder Aufsaugung wichtige Funktionen zu erfüllen hat und erfüllt, sei es die vorübergehende Deckung großer Wunddefekte bei der Hauttransplantation, der Anreiz zu neuer Gewebsbildung bei der Knorpeltransplantation, oder die Stützwirkung bei der Knochentransplantation. Neben der Übertragung der genannten Gewebe kommt auch die Verpflanzung von Sehnen, Gefäßen und ganzen Organen in Be-

20) Andina a.a.O. S.196

21) Gohrbrandt a.a.O. S.17

22) Lexer-Rehn a.a.O. S.217

23) Eine Ausnahme bilden nur eineiige Zwillinge, bei denen wegen der identisch genetischen Struktur des Gewebes jede Überpflanzung gelingt, vgl. Andina a.a.O. S.284

24) Deswegen findet die Homoiotransplantation bei kosmetischen Operationen keine Anwendung, vgl. Hellner-Nissen-Vosschulte a.a.O. S.163

tracht. Vor allem hinsichtlich der Organtransplantation ist allzu großer Optimismus verfehlt und verfrüht: "Solange es uns noch nicht gelingt, einen einzigen Baustein zu überpflanzen, sollte man mit besonderer Kritik daran gehen, ein ganzes Empire State Building an Zellen zu transplantieren"²⁵.

Die Abwehr und Zerstörung des fremden Transplantats durch den Organismus wird als immunologische Reaktion bezeichnet. Die große Aufgabe der Immunbiologie liegt darin, durch geeignete Maßnahmen eine immunologische Toleranz bei Empfänger und Transplantat zu erzeugen und damit die Verträglichkeit der verschiedenen Gewebe herbeizuführen. Sollte dies eines Tages gelingen, dann werden der Homöo-transplantation auch die Anwendungsgebiete erschlossen, die bisher der Autotransplantation vorbehalten sind.

25) Gohrbrandt a.a.O. S.22

II. Der Eingriff am Spender und seine Rechtfertigung

A. Die rechtliche Qualifikation des Eingriffs am Spender

1. Das Fehlen unmittelbarer Heiltendenz

Bei dem Eingriff am Spender, dem Blut, Haut oder sonstiges Körpergewebe zu Übertragungszwecken entnommen wird, kann man nicht mehr von einem "Eingriff zu Heilzwecken" sprechen. Zwar verfolgt auch dieser Eingriff im weiteren Sinne Heiltendenzen, doch betreffen diese lediglich den späteren Empfänger des Gewebes, während der Spender "ausschließlich Leidtragender"¹ bleibt. Die Verknüpfung des Eingriffs mit Heiltendenzen ist also eine nur mittelbare, will man an dem Begriff festhalten, wie er im Schrifttum zum ärztlichen Eingriff entwickelt wurde². Dort war es gerade die maßgebende Voraussetzung, daß der Heilzweck denjenigen betrifft, an dem der Eingriff vorgenommen wird. Nur daran konnte sich der Gedanke anknüpfen und im Schrifttum die Auffassung entwickelt werden, daß der ärztliche Heileingriff schon tatbestandlich nicht als Körperverletzung anzusehen ist. Trotz der medizinisch direkten Bezogenheit des Spendereingriffs auf den Empfänger-eingriff müssen juristisch beide Eingriffe getrennt und verschieden beurteilt werden. Für die Auffassung der Rechtsprechung ergibt sich dabei freilich kein Unterschied zur sonstigen Qualifikation des ärztlichen Eingriffs, da sie jeden Heileingriff als tatbestandsmäßige Körperverletzung qualifiziert. Demgegenüber muß auch derjenige Teil des Schrifttums, der den ärztlichen Eingriff zu Heilzwecken vom Tatbestand der Körperverletzung ausnimmt, den Eingriff am Spender als tatbestandsmäßige Körperverletzung ansehen.

1) Vgl. Engisch, Die rechtliche Bedeutung ... S.1551

2) Vgl.z.B. Engisch, Die rechtliche Bedeutung ... S.1522

2. Tatbestandserfüllung des § 223 StGB in der Alternative der Gesundheitsbeschädigung

Wenn also der Eingriff am Spender als tatbestandsmäßige Körperverletzung zu qualifizieren ist, so stellt sich die Frage, welche der Alternativen des § 223 StGB als verwirklicht anzusehen ist.

Lenkt man den Blick zunächst einmal auf den ärztlichen Heileingriff, so zeigt sich, daß für ihn die Rechtsprechung seit der Entscheidung des RG vom 31. Mai 1894³ konsequent den Standpunkt vertritt, daß er die Tatbestandsalternative der "körperlichen Mißhandlung" erfüllt. Das ist die eigenartige Konsequenz aus ihrer Auffassung, daß jeder ärztliche Heileingriff, gleichgültig ob mißlungen oder geglückt, eine tatbestandsmäßige Körperverletzung darstellt. Da sie den gelungenen Eingriff nicht gut als "Gesundheitsbeschädigung" qualifizieren konnte, mußte die Mißhandlungsalternative die Lücke füllen. Diese Auffassung vergewaltigt den sozialen Sinn des ärztlichen Heileingriffs, und mit Recht weist Schröder⁴ für den gelungenen Eingriff darauf hin, daß ein die Gesundheit wiederherstellendes, sie förderndes Verhalten, "nicht zugleich Mißhandlung i.S. der anderen Alternative sein kann".

Unter dem heute überwiegend "dualistisch" aufgefaßten Begriff der körperlichen Mißhandlung ist jedes üble unangemessene Behandeln zu verstehen, das das körperliche Wohlbefinden nicht ganz unerheblich beeinträchtigt⁵. Zu dem Erfolgsunwert - der Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens - muß als Aktunwert die "Unangemessenheit" der Behandlung hinzutreten. Das hat für die körperliche Züchtigung - und nichts anderes kann für den ärztlichen Eingriff gelten - jetzt auch der BGH⁶ betont, wobei er als unangemessen die "sozialwidrige" Einwirkung auffaßt.

3) RGSt 25/375

4) NJW 61/952; vgl. auch Bockelmann, JZ 62/527 und 528

5) Vgl. Schönke-Schröder a.a.O. § 223 Randn.3

6) BGHSt 14/269

Diese normative Betrachtungsweise des Mißhandlungsbegriffs nimmt nicht das Rechtswidrigkeitsurteil voraus⁷, sondern erfüllt den Begriff nur mit sittlichen, kulturellen und sozialen Verkehrsanschauungen und Wertungen⁸.

Ein ärztlicher Heileingriff, der indiziert ist und nach bestimmten Kunstregeln durchgeführt wird, also ein sozial sinn- und zweckbestimmtes Handeln darstellt, kann den so verstandenen Mißhandlungstatbestand nie erfüllen.

Nichts anderes kann aber für den - in gleicher Weise nach ärztlichen Kunstregeln erfolgenden - Eingriff am Spender gelten. Untersucht man ihn "auf seine besondere Funktion im sozialen Leben hin"⁹, so zeigt sich seine Werthaftigkeit, seine unersetzliche Bedeutung für zwei spezielle Zweige der modernen Chirurgie und den durch sie geleisteten Dienst am Kranken. Die "Angemessenheit" ergibt sich hier aus dem Vergleich der Verletzung des Spenders mit dem beim Empfänger erstrebten Erfolg, wobei es auf die fehlende Identität zwischen Verletztem und Begünstigtem nicht ankommt. Entscheidend ist das Wesen des zugrunde liegenden sozialen Sachverhalts und Sinnzusammenhangs. Bei der verhältnismäßig harmlosen Blutentnahme ist im Hinblick auf die medizinisch streng gestellte Indikation zur Bluttransfusion die Angemessenheit regelmäßig zu bejahen. Das gleiche gilt im Ergebnis für die Gewebeentnahme, die erst dann als unangemessen zu beurteilen wäre, wenn der erstrebte Erfolg beim Empfänger in keinem Verhältnis zu dem Nachteil für den Spender stünde, womit der Aktunwert zu bejahen wäre.

7) Das behauptet aber Baumann, NJW 58/2094 und JZ 60/10; dagegen Kienapfel a.a.O. S.30/31

8) Vgl. Kienapfel a.a.O. S.30/31

9) So Würtenberger a.a.O. bezüglich der Züchtigung. Vgl. auch BGHSt 14/271: "Ob eine solche (sozialwidrige) Einwirkung gegeben ist, entscheidet sich beim Tatbestand des § 30 I WStG nach dem Wesen des militärischen Dienstes ...".

Die wesentlicher auf den Erfolgsunwert abstellende Alternative der Gesundheitsbeschädigung ist dagegen sowohl bei der Blut- als auch bei der Gewebeentnahme erfüllt. Als Gesundheitsbeschädigung wird das "Hervorrufen oder Steigern" eines pathologischen Zustandes angesehen¹⁰, wobei als Krankheit im weitesten Sinne jeder vom relativen Normalzustand nachteilig abweichende Zustand aufgefaßt werden kann¹¹.

Blut- und Gewebeentnahme führen durch Schädigung der Leiblichkeit zu einer nachteiligen Beeinträchtigung des körperlichen Zustandes. Die zur Tatbestandserfüllung erforderliche "Erheblichkeit" der Schädigung¹² ist auch bei der Blutentnahme gegeben. Selbst, wenn sich äußerlich bei ihr nur eine gewisse schnell wieder vorübergehende Mattigkeit bemerkbar macht, nimmt die Regeneration des entnommenen Blutes bzw. seiner Bestandteile doch einige Zeit in Anspruch. Erst nach einer Zeit von etwa 6-8 Wochen ist der Normalzustand des Organismus wieder hergestellt¹³.

3. Nichterfüllung des Tatbestandes des § 223a StGB

Als Qualifikation kommt die "gefährliche Körperverletzung" gem. § 223a StGB in der Alternative der Verletzung "mittels eines Messers" bzw. eines "anderen gefährlichen Werkzeugs" in Betracht. Dagegen lassen sich von vornherein ausscheiden die Fälle der "gemeinschaftlichen Begehung", hier ist nach h.A. Mittäterschaft mindestens zweier Personen erforderlich - eine solche liegt aber zwischen operierendem Arzt und nur assistierenden Gehilfen nicht vor - und der Verletzung "mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung". Zur Erfüllung dieses Begriffs ist erforder-

10) Vgl. Mezger-Blei, StB II S.39

11) Vgl. Maurach, Lb. BT S.85; Schaefer in LK II § 223 Anm.II 2 b

12) Vgl. die Vorgenannten

13) Vgl. Hellner-Nissen-Vosschulte a.a.O. S.28

lich, daß die Behandlung objektiv geeignet war, eine solche Gefährdung herbeizuführen¹⁴, was sich generell weder vom Eingriff der Blutentnahme, noch von dem sonstiger Gewebeentnahme sagen läßt.

Qualifikationsgrund bei § 223a StGB ist die Gefährlichkeit der Handlung oder die der Situation für den Verletzten. Das "reine Erfolgsdelikt" des § 223 StGB wird durch die gefährliche Art und Weise seiner Begehung in § 223a StGB zu einem "Erfolgsdelikt mit strafschärfendem Gefährdungscharakter"¹⁵.

So ist z.B. der Grund für die strafschärfende Qualifikation der "gemeinschaftlichen Begehung" der Körperverletzung, die durch die Konfrontation mit mehreren Gegnern hervorgerufene Einschüchterung des Verletzten und seine Hemmung in der Verteidigung¹⁶. Diese Zielsetzung des § 223a StGB zeigt deutlich, wie wenig sein Tatbestand dem Wesen des ärztlichen Eingriffs, selbst wenn es sich nicht um einen H e i l e i n g r i f f handelt, gerecht zu werden vermag. Es würde der Zielsetzung der Arbeitsteilung geradezu widersprechen und ihren Sinn verkehren, wollte man bei zwei operierenden Ärzten - also Mittätern i.S. des Gesetzes - die Alternative der gemeinschaftlichen Begehung als verwirklicht ansehen.

Doch soll die erste Alternative zu § 223a StGB näher ins Auge gefaßt werden.

a) Die nicht beabsichtigten Verletzungen

Das verwendete Werkzeug - auch das Messer¹⁷ - muß nach seiner "konkreten Verwendungsart"¹⁸ geeignet sein, die "Ge-

14) Schaefer in LK II § 223a Anm.II 4

15) Maurach, Lb BT S.87

16) Schöнке-Schröder a.a.O. § 223a Randn.9

17) Die sehr umstrittene Frage, ob der Begriff der "Waffe" oder der des gefährlichen "Werkzeugs" den Oberbegriff bildet, ist wohl in letzterem Sinne zu entscheiden, so Schaefer in LK II § 223a Anm.II 1; Maurach Lb BT S.87; Welzel, Lb S.264.

18) Überwiegende Ansicht, vgl. Maurach Lb BT S.88

fahr erheblicher Verletzungen¹⁹ mit sich zu bringen. Es sind dabei alle Umstände der tatsächlichen Situation zu berücksichtigen, die der Verwendung des Werkzeugs oder Messers ihr besonderes Gepräge geben. Dazu zählen auch das Treffen von Gegenvorkehrungen, die Art der Führung und ein Gebrauch, der der Gefahr gerade entgegenwirkt²⁰. Das macht deutlich, daß die zum Einstich in die Vene verwendete Kanüle oder das zum kunstgerechten Schnitt verwendete Messer in der Hand des Arztes einer anderen Beurteilung unterliegen muß, als der Dolch in der Hand des Messerstechers²¹. Während die Gefahr erheblicher Verletzungen, d.h. die nahe Möglichkeit ihres Eintritts beim Messerstecher durchaus gegeben ist, liegt sie beim ärztlichen Eingriff nur in ganz besonders gelagerten Fällen vor, etwa beim riskanten Eingriff oder bei Eingriffen mit typisch hoher Gefahrenquote. Von einer solchen Gefährdung kann man aber - vom hier allein maßgeblichen medizinischen Standpunkt aus - weder bei der Blutentnahme noch bei der Entnahme sonstigen Gewebes sprechen²².

b) Die beabsichtigten Verletzungen

Da § 223a StGB nur auf die besondere Gefährdung, nicht aber auf einen etwa eingetretenen - über § 223 StGB hinausgehenden - Erfolg abstellt, interessieren die bei dem Eingriff am Spender beabsichtigten und demgemäß erfolgenden Verletzungen nur insoweit, als in ihnen auch eine

19) Vgl. BGHSt 14/152 (155), RGSt 4/397

20) Beispiele bei Schaefer in LK II § 223a Anm.II 1 b; vgl. auch Binding, Die Normen ... Bd.I S.386 und Bd.IV S.389

21) Der häufig verwendete Vergleich, hier mit Blickrichtung auf das "gefährliche Werkzeug".

22) Vgl. auch Binding, Die Normen ... Bd.IV S.389: "Ein Operateur darf sehr schwierige chirurgische Eingriffe, die dem Laien höchst gefährlich vorkommen, als ungefährlich betrachten, wenn er der Operation gewachsen und willens ist, sie diesseits der Gefahrgrenze zu Ende zu führen".

Gefährdung liegt. Während für den Begriff der Gefahr bzw. der Gefährdung eine gewisse Unbestimmtheit²³ des Schadenseintritts charakteristisch ist, gilt der Eintritt der Verletzungen am Spender als sicher. Nun durchläuft logisch aber auch die geplante Verletzung das Gefährdungsstadium, d.h. vor jeder Verletzung liegt kausal eine Gefährdung²⁴, vor der Spenderverletzung also die Spendergefährdung.

Für die Beurteilung nach § 223a StGB kommt es daher entscheidend darauf an, ob die geplanten Verletzungen "erhebliche" Verletzungen darstellen, dem Spender also die Gefahr erheblicher Verletzungen droht.

Für die Blutentnahme ist dies schon deshalb zu verneinen, weil der Einstich einer Kanüle in die Vene eine nur äußerst geringfügige Verletzung darstellt und auch die Abnahme von ca. 400 ccm Blut nicht als "erhebliche" Verletzung bezeichnet werden kann²⁵.

Bei der Gewebeentnahme mittels eines Messers²⁶ drohen jedenfalls dann keine erheblichen Verletzungen, wenn das Gewebe nur in geringem Umfang entnommen wird. Das ist im einzelnen jedoch Tatfrage. Als Ergebnis ist festzuhalten, daß der Spendereingriff zwar den Tatbestand des § 223 StGB, in der Regel aber nicht den des § 223a StGB erfüllt.

23) Vgl. Bernau a.a.O. S.17; Binding, Die Normen ... Bd.IV S.382

24) Vgl. Binding, Die Normen ... Bd.IV,S.394

25) So hat es z.B. das Bundesverfassungsgericht, NJW 59/ 986, offengelassen, ob die Entnahme einer kleinen Blutmenge überhaupt einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit darstellt.

26) Vgl. auch die bei Petersen a.a.O. S.235 zitierte unveröffentlichte Entscheidung des BGH vom 24.5.1959, nach der das Skalpell des Arztes kein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 223a StGB darstellt.

B. Die Rechtfertigung der Körperverletzung 1933

Einwilligung

Als Rechtfertigungsgrund für die am Blut- oder Gewebespende begangene KV kommt, abgesehen von dem gesondert zu untersuchenden Problem der Möglichkeit einer Rechtfertigung durch die Grundsätze des "übergesetzlichen Notstandes", nur die Einwilligung des Spenders in Betracht²⁷. Sie beurteilt sich in ihren Voraussetzungen und Erfordernissen nach den von Schrifttum und Praxis zu diesem Rechtfertigungsgrund ganz allgemein entwickelten Grundsätzen, sowie weiterhin nach dem durch die Novelle vom 26.5.1933 in das StGB eingefügten § 226a StGB, der speziell für die Tatbestände der KV geschaffen wurde. Nach dieser Bestimmung ist eine KV mit Einwilligung des Verletzten nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt²⁸. Erforderlich ist also neben einer wirksamen Einwilligung weiterhin, daß die Tat keinen

27) Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe ..., S.84, erwägt (für das Schweizer Strafrecht) die Frage, ob u.a. auch das Interesse des mit der Blutspende Bedachten für sich allein die Handlung rechtfertigen könnte, kommt dann aber zu dem Ergebnis, daß es die Einwilligung und der rechtlich gebilligte Zweck sind, die die Handlung rechtfertigen. Für das deutsche Strafrecht stellt sich diese Frage wegen § 226a - eine entsprechende Bestimmung fehlt im Schweizer Strafrecht - nicht, der rechtlich gebilligte Zweck spielt aber eine Rolle für die rechtsethische Bewertung der Tat und das "Interesse des Empfängers" wird bedeutsam im Notstandsfall.

28) Den in letzter Zeit gegen die Verfassungsmäßigkeit dieser Klausel im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 II GG vor allem von Woessner (a.a.O. S.275) und Reinhardt (a.a.O. S.372 f.) geltend gemachten Bedenken (vgl. auch Hamann a.a.O. S.49 FuBn.34; Arndt, NJW 63/848; Roxin, JuS 64/373 insbes.376) ist entgegenzuhalten, daß sich die Garantie des Art.103 II GG nur auf die die Strafbarkeit begründenden Tatbestandsmerkmale im Sinne der Präzisierung des "Wertverletzungstypus" (Sax, a.a.O. S.1009) bezieht. So im Ergebnis auch Schwarz-Dreher, a.a.O. § 226a Anmerkung 1. Außerdem hat das BVerfGer. (4/358) die Zulässigkeit solcher Generalklauseln und wertausfüllungs-

Verstoß gegen die guten Sitten darstellt²⁹.

Im folgenden sind die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung und das Erfordernis des "Nichtsittenverstoßes" der Tat darzustellen, wobei auch zu prüfen ist, ob die Einwilligung selbst nicht gegen die "guten Sitten" verstoßen darf.

1. Wesen der Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit

Die rechtfertigende Einwilligung ist ihrem Wesen nach Rechtsschutzverzicht³⁰. Sie bedeutet das Einverständnis mit der Tat und ist nur beachtlich, wenn sie als Zustimmung zu dieser vor der Tat³¹ abgegeben wird. Als Gestattung einer natürlichen Handlung besitzt sie nicht die

bedürftigen Begriffe auch ausdrücklich bejaht: "Ohne derartige Begriffe könnte der Gesetzgeber der Vieltätigkeit des Lebens nicht Rechnung tragen. Sie sind deshalb unentbehrlich". Vgl. auch Sax a.a.O. S.1.008: "Die Tatbestandsbestimmtheit ... läßt sich mit der Existenz wertausfüllungsbedürftiger und unbestimmter Gesetzesbegriffe voll in Einklang bringen ...".

29) Beling (a.a.O.S.235) forderte für die Rechtfertigung des am Dritten vorgenommenen Eingriffs zu Spendezwecken außer der Einwilligung auch das Einverständnis des Begünstigten mit dem ihm gebrachten Opfer. Ganz abgesehen davon, daß bei der Entnahme von Blut oder Gewebe oft noch nicht feststeht, wem es übertragen wird, also ein Einverständnis zum Zeitpunkt des Spendereingriffs tatsächlich noch gar nicht vorliegen kann, läßt sich wie Engisch (Die rechtliche Bedeutung ... S.1551 Anm.2) betont hat, diese Forderung Belings "rechtlich nicht unmittelbar begründen". Es liegt ihr wohl der - richtige - Gedanke zugrunde, daß bei fehlendem Einverständnis des Empfängers - d.h. aber, daß es ein solches gar nicht gibt - der mit dem Spendereingriff verfolgte Zweck nicht eintreten kann, der Spendereingriff damit "sinnlos" wird und die Tat ethisch nicht gebilligt werden kann.

30) h.M. vgl. statt vieler Schönke-Schröder vor § 51 Randn.36

31) BGHSt 17/359(360). Eine nachträgliche Genehmigung kann die Rechtswidrigkeit nicht mehr beseitigen.

Qualität einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung³² mit der Folge, daß es für die Einwilligungsfähigkeit nicht auf die bürgerlich rechtliche Geschäftsfähigkeit, sondern nur auf die "natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit"³³, die mit der Preisgabe gerade des in Frage stehenden Rechtsgutes verbundenen Gefahren und Folgen, d.h. hier die Tragweite der Verletzung³⁴ überblicken und abschätzen zu können, ankommt. Damit kann auch ein Minderjähriger grundsätzlich rechtswirksam in eine Blut- oder Gewebeentnahme einwilligen, wobei es freilich für die Frage der erforderlichen Einsichts- und Urteilsfähigkeit im Einzelfall auf den Umfang des Eingriffs, so wie darauf ankommen wird, wie weit der Minderjährige vom Erreichen der Volljährigkeitsgrenze³⁵ noch entfernt ist. Bei der verhältnismäßig harmlosen Blutentnahme wird diese Fähigkeit in der Regel mit Erreichung des 18.Lebensjahres³⁶ wohl gegeben sein,

-
- 32) So früher aber für das Strafrecht die Rechtsgeschäftstheorie, vgl. Zitelmann a.a.O.S.51/52. Die Einwilligung wird heute als Rechtshandlung qualifiziert (vgl. Mezger in LK I B 10 e aa vor § 51; Lenckner, ZStW 72/455) und die Regeln der §§ 105 ff. BGB werden dann auf sie entsprechend angewendet, wenn der Schutz des Minderjährigen es erfordert, BGHZ 29/33, oder die "besondere Natur der Rechtshandlung" nicht entgegensteht (Lenckner a.a.O.)
- 33) h.M. vgl. Engisch, ZStW 58/38 f.; BGHSt 4/88 (90), BGHSt 12/379 (382). Für eine differenzierende Betrachtungsweise v. Olshausen, Anm. 4a vor § 51 und heute Lenckner a.a.O. und Schönke-Schröder vor § 51 Randn. 39, 40, die unter anderem bei Vermögensdelikten unter entsprechender Anwendung der §§ 105 ff. BGB volle Geschäftsfähigkeit verlangen. Bei Eingriffen in höchst persönliche Rechtsgüter, aber wie hier.
- 34) Mit Recht weist Boehmer a.a.O.S.707 darauf hin, daß auch in anderen "höchstpersönlichen Lebensfragen" dem Minderjährigen ein Entscheidungs- oder Mitentscheidungsrecht zugestanden wird, vgl. die dort genannten Beispiele.
- 35) Das kann freilich nur ein gewisses Indiz sein, da die Einsichts- und Urteilsfähigkeit als Produkt der geistigen Reife bei gleichem Lebensalter sehr verschieden zu beurteilen sein kann.
- 36) Die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit kann aber nicht schlechthin mit Erreichen des 18.Lebensjahres

doch ist hier Vorsicht insoweit geboten, als eine zu häufige Blutspende³⁷ die körperliche Entwicklung des Minderjährigen nachteilig beeinflussen und zu Störungen führen kann, d.h. daß auch dieser Gesichtspunkt bei der Beurteilung seiner Einsichts- und Urteilsfähigkeit zu berücksichtigen ist.

Bei der Entnahme sonstigen Gewebes lassen sich wegen der Differenziertheit dieser Eingriffe keine allgemeinen Regeln aufstellen, doch wird hier bei allen folgen-schweren Eingriffen, die das Wohlaussehen, die Körperkonstitution oder die Körperfunktionen dauernd nachteilig beeinflussen können, wegen der noch nicht abgeschlossenen Entwicklung des Minderjährigen in körperlicher und beruflicher Hinsicht an die natürliche Urteils- und Einsichtsfähigkeit ein strenger Maßstab anzulegen sein.

2. Vertretung des Einwilligungsunfähigen

Eine Stellvertretung im Willen ist auch bei Eingriffen in höchstpersönliche Rechtsgüter³⁸, wie das der Gesundheit, grundsätzlich möglich³⁹. Das ergibt sich zwangsläufig aus dem Pflichtencharakter der elterlichen Gewalt hinsichtlich des Personensorgerechts und für die strafrechtliche Praxis schon aus der Notwendigkeit, den Eingriff beim nicht einwilligungsfähigen Minderjährigen durch Zustimmung des Vertreters zu rechtfertigen. Wie Engisch⁴⁰ überzeugend dargestellt hat, ist die Einwilligung "als Ausfluß des ... familienrechtlichen Rechts der

unterstellt werden, so anscheinend aber Mezger in LK I Anm.10e bb vor § 51

37) Über die Störungen, die dabei auftreten können, vgl. Reissigl a.a.O. S.29

38) a.A. Mezger, LK I Anm.10e bb vor § 51; dagegen Lenckner, ZStW 72/458

39) h.M. vgl. Schönke-Schröder vor § 51 Randn.40

40) ZStW 58/39 ff., insbes. 41/42

'Sorge für die Person' anzusehen, das ... auch die Sorge für das leibliche Wohl umfaßt" und ist daher bei einem Auseinanderfallen von rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht und tatsächlichem Personenfürsorgerecht⁴¹ vom tatsächlich Personensorgeberechtigten abzugeben⁴². Bei der Stellvertretung ist hier im Unterschied zum ärztlichen Heileingriff, der ja immer den Zweck verfolgt, körperliche Interessen zu fördern, zu bedenken, daß der Eingriff am Dritten stets dessen körperliche Interessen beeinträchtigt und in diesem Sinne nur nachteilig für ihn ist⁴³. Das muß dazu führen, dem eigenen Willen des Minderjährigen eine größere Bedeutung beizumessen als beim ärztlichen Heileingriff.

Besitzt der Minderjährige die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit, selbst in den Eingriff einzuwilligen und damit aber auch ihn abzulehnen, dann kommt es auf die Entscheidung des Personensorgeberechtigten jedenfalls dann nicht an, wenn sie gegen den Willen des Minderjährigen einen Eingriff etwa zur Erfüllung sittlicher oder sozialer Pflichten wünschen⁴⁴.

Willigt umgekehrt der Minderjährige aus sachfremden Erwägungen in einen folgenschweren Eingriff gegen den Willen des Personensorgeberechtigten ein, so wird hier das

41) vgl. die vielen verschiedenen Möglichkeiten der §§ 1633, 1666, 1673, 1679, 1680, 1707, 1765 BGB.

42) So auch Eb.Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S.108/109; a.A. Lenckner, ZStW 72/459, der aus der Qualität der Einwilligung als Rechtshandlung ableitet, daß das Recht nur dem "gesetzlichen" Vertreter zustehen kann. Das erscheint inkonsequent, nachdem Lenckner a.a.O. S.456 ff. gerade bei höchstpersönlichen Rechtsgütern bei gegebener Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen dessen Einwilligung und nicht die des gesetzlichen Vertreters maßgeblich sein läßt.

43) Wohl deshalb lehnt Mezger Lb. S.246 eine Stellvertretung hier grundsätzlich ab.

44) Vgl. das Beispiel bei Lenckner, ZStW 72/460, 461

Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen dem Personensorgerecht (Pflichtencharakter!) weichen müssen⁴⁵. Entscheidend ist dann allein die Einwilligung der Sorgeberechtigten.

Ist der Minderjährige in Ermangelung der natürlichen Einsichts- und Urteilsfähigkeit einwilligungsunfähig, so entscheiden über den Eingriff die Sorgeberechtigten allein, wobei umgekehrt wie beim Heileingriff⁴⁶ die Gefahr besteht, daß die Sorgeberechtigten aus sachfremden Erwägungen und Interessen hier gerade in einen Eingriff einwilligen, der im Interesse des Minderjährigen besser unterblieben wäre. Während bei einem (dringend) gebotenen Heileingriff der Gefahr eines Mißbrauchs der Sorgeberechtigten über § 1666 BGB begegnet werden kann, kommt diese Möglichkeit hier kaum in Betracht, da ja die Einwilligung gerade erteilt ist, weshalb hier besonders die Folgen der mißbräuchlich erteilten Einwilligung interessieren.

Als Mißbrauch ist jedes "Ausnutzen der elterlichen Gewalt zum Schaden des Kindes"⁴⁷ anzusehen, wobei die Frage, ob ein Mißbrauch vorliegt, nur unter "Berücksichtigung aller konkreten Umstände"⁴⁸ entschieden werden kann. Dabei wird man insbesondere zwischen folgenschweren Eingriffen⁴⁹ und solchen ohne nachteiligen Folgen unterscheiden müssen⁵⁰.

45) So auch Lenckner, ZStW 72/463. Das bedeutet keine dogmatische Inkonsistenz, da die Abgrenzung Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen einerseits - Personensorgerecht bzw. Pflicht andererseits generell keineswegs feststehend ist. Bei einem offensichtlichen Mißbrauch des Selbstbestimmungsrechts kommt wieder die Pflicht der Sorgeberechtigten für das körperliche Wohl des Kindes zu sorgen, zum Tragen. Ob Boehmer a.a.O.S.707 auch in diesem Fall das Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen vorgehen lassen würde, ergibt sich aus seinen Ausführungen nicht.

46) Vgl. Engisch, Die rechtliche Bedeutung ..., S.1532

47) Soergel-Siebert, Anm.18 zu § 1666 BGB

48) Engisch, ZStW 58/44

49) i.S. der oben S.19 umrissenen Charakterisierung

50) Es kann sich hier und im folgenden immer nur um die Andeutung gewisser - wenn auch wesentlicher - Kriterien handeln, eine feste Abgrenzung ist so generell nicht möglich. Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungs-

Bei folgenschweren Eingriffen wird man nur ausnahmsweise eine Einwilligung der Sorgeberechtigten als beachtlich ansehen können, z.B. dann, wenn es um die Rettung von Geschwistern oder anderen nächsten Angehörigen aus Lebensgefahr oder erheblichen anderen Gefahren geht, und der Minderjährige selbst den Eingriff wünscht oder billigt⁵¹. Bei anderen Eingriffen (z.B. Blutentnahme) sind vor allem die unbedingte Notwendigkeit des Eingriffs für einen dritten Verletzten, eine Erfüllung damit verbundener sittlicher oder sozialer Pflichten⁵², die Gesinnung der Sorgeberechtigten und der Wille des Minderjährigen als Kriterien zu berücksichtigen.

Ergeben die konkreten Umstände, daß die Einwilligung der Sorgeberechtigten mißbräuchlich erteilt ist, so hat dies die Unwirksamkeit⁵³ der Einwilligung wegen ieren Verstosses gegen die "guten Sitten" (entsprechend § 138 BGB)

gründe ... S.127, läßt eine gültige Einwilligung des Stellvertreters bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten nur dann zu, wenn sie objektiv "eindeutig entweder im Interesse des Verletzten, oder aus Überwiegenden fremden Interessen als geboten erscheint". Das ist in dieser Allgemeinheit bedenklich.

51) Vgl. auch die Auffassung von Stooss a.a.O. S.75 zu dem von ihm erwähnten Fall einer Hautentnahme bei einem minderjährigen Mädchen: "Ein verständiger Vater hätte zu einer solchen Operation an seinem Kinde (erg. Entnahme von 24 Hautstücken von den Oberarmen und Oberschenkeln) übrigens niemals einwilligen dürfen ..."

52) Vgl. Lenckner, ZStW 72/460 u.461

53) Baumann, Lb. AT S.304, bezeichnet es zu Recht als einen Streit um Worte, ob man in diesem Falle eine nichtwirksame Einwilligung oder eine Einwilligung ohne Rechtfertigungswirkung annimmt.

zur Folge⁵⁴. Das ergibt sich nicht aus § 226a StGB, dessen Generalklausel sich nur auf den Sittenverstoß der "Tat" selbst bezieht, sondern vielmehr aus der Qualität der Einwilligung als Rechtshandlung und der Anwendung der Lehre von den Willensmängeln⁵⁵ auf diese. Hat der Arzt vom Mißbrauch der Sorgeberechtigten keine Kenntnis, dann irrt er sich über das Bestehen einer rechtswirksamen Einwilligung und damit über das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes. Je nachdem welcher der vier verschiedenen Irrtumstheorien man folgt, schließt dieser Irrtum entweder analog § 59 I StGB den Vorsatz oder, wenn er unvermeidbar war, die Schuld aus⁵⁶.

Kennt der Arzt dagegen den Mißbrauch des Sorgerechts und handelt er trotz dieser Kenntnis, so verstößt auch die Tat gegen die guten Sitten gemäß § 226a StGB.

3. Einwilligungserklärung und Gegenstand der Einwilligung

Nachdem die Willensrichtungstheorie⁵⁷, derzufolge es genügt, daß - auf den Heileingriff angewendet - der Eingriff der inneren Willensrichtung des Patienten entspricht, heute als überwunden angesehen werden kann, ist

54) Strittig, a.M. Maurach AT S.289; Kohlrausch-Lange, § 226a Anm.I,III; BGHSt 4/88 (91); widersprüchlich Schönke-Schröder, vgl. Anm.39 vor § 51 einerseits und Anm.5 zu § 226a andererseits. Nicht zu überzeugen vermögen die von Maurach a.a.O. angeführten Beispiele, da als die Einwilligung berührendes Motiv nur das des Gelderwerbes in Betracht kommt, nicht aber die weitere sich anschließende Frage, wofür der Einwilligende das Geld verwenden will. Zu weitgehend auch die Auffassung von Kohlrausch-Lange a.a.O., die Einwilligung u.U. schon deshalb für sittenwidrig zu halten, weil der Einwilligende nur den Gelderwerb verfolgt.

55) Vgl. Mezger StB I S.115

56) Zur Problematik des Irrtums bei Rechtfertigungsgründen vgl. Engisch, ZStW 70/566 ff.

57) Zuletzt nur noch vertreten von Mezger in LK I Anm. 10e aa vor § 51 und Sauer, Lb S.136

in Übereinstimmung mit der Willenserklärungstheorie⁵⁸ erforderlich, daß der auf Rechtsschutzverzicht gerichtete Wille des Verletzten - wenn auch nur konkludent - nach außen in Erscheinung getreten sein muß⁵⁹. Nur bei Zugrundelegung dieser Theorie läßt sich auch als Kriterium für die Beurteilung umfangreicherer Eingriffe im Hinblick auf einen eventuellen Sittenverstoß der Tat, der Grad der Intensität⁶⁰ des Willens zum Eingriff ermitteln. Betrachtet man von diesem Standpunkt aus die weitere Frage, ob der Arzt in Kenntnis der Einwilligung gehandelt haben muß, oder ob es genügt, daß die Einwilligung objektiv vorlag, dann deutet sich eine Lösung im ersteren Sinne schon an⁶¹. Sieht man in der Einwilligung nicht nur eine objektiv wirkende Interessenpreisgabe, sondern eine steuernde und verantwortungsteilende⁶² Willensfunktion, dann ist es konsequent, zu fordern, daß der Täter auch subjektiv "auf Grund erteilter Einwilligung" gehandelt haben muß⁶³. Nach dieser Auffassung wird der Eingriff am Dritten nur dann gerechtfertigt, wenn der Arzt auf Grund, d.h. in Kenntnis der erteilten Einwilligung den Eingriff vorgenommen hat.

58) Jetzt h.A., vgl. die Literaturangaben bei Schönke-Schröder, Randn. 41 vor § 51; Baumann, Lb. AT S. 300 bezeichnet die h.A. als "abgeschwächte Willensrichtungstheorie".

59) Für den Vorzug dieser Auffassung auch Engisch, ZStW 58/37: "Ist dagegen die Selbstbestimmung eine gleichermaßen im Interesse des einzelnen wie in dem der Gemeinschaft anerkannte, den ärztlichen Eingriff lenkende verantwortliche Willensfunktion, so ist es durchaus angemessen, eine äußere Betätigung dieser Funktion vorzuschreiben, zumal auch Interessen der Rechtsklarheit dies erheischen".

60) Diesen Gedanken hat auch Engisch, ZStW 58/38, für den Heileingriff bei Überschreitung der "Grenzen des objektiv Sachgemäßen" hervorgehoben; vgl. auch Zimmerl, S. 341 ff.

61) Vertreten lassen sich freilich beide Auffassungen

62) Eh. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 95

63) So auch Maurach AT S. 287/88; Welzel, Lb. S. 88; Schönke-Schröder, Randn. 46 vor § 51; a.A. aber Engisch, Die rechtliche Bedeutung ..., S. 1525

Da die Einwilligung als Rechtsschutzverzichtserklärung Eingriffe in den Rechtskreis des Verzichtenden gestattet, die "bedeutsame Rechtsfolgen"⁶⁴ nach sich ziehen können, mithin nicht als Realakt⁶⁵, sondern als Rechtshandlung⁶⁶ zu qualifizieren ist, muß die Einwilligungserklärung von einem "entsprechenden" Willen getragen sein. Von der Notwendigkeit einer sinnvollen Abgrenzung ausgehend kommt es darauf an, daß der Wille gerade den mit der typischen Eigenart des gestatteten Eingriffs normalerweise verbundenen wesentlichen Begleitumständen "entspricht". Sind dies beim Heileingriff die "ärztliche Handlung" mit den "ex ante" sich abzeichnenden "Chancen und Gefahren"⁶⁷, so tritt beim Eingriff am Spender im Unterschied zum Heileingriff an Stelle der Heilintendenz (Chancen) die mit dem Eingriff verbundene Zwecksetzung des Spenders⁶⁸. Bedeutet das aber, daß einer wirklichen Einwilligung eine zutreffende Vorstellung von Gefahren und Zweck des Eingriffs zugrunde liegen muß, dann entspricht dem eine Aufklärungspflicht des Arztes bezüglich dieser Gefahren⁶⁹ und das Erfordernis, daß der Eingriff nicht gegen die erklärte Zwecksetzung des Spenders vorgenommen werden darf⁷⁰.

64) BGHZ 29/33 (36)

65) Lenckner, ZStW 72/455

66) vgl. Anm. 32, S.18

67) Nicht der Erfolg des Eingriffs, vgl. Engisch, ZStW 58/38. Beim Eingriff am Spender kommt ein Erfolg in diesem Sinne freilich begrifflich schon nicht in Betracht.

68) Sei es die Zwecksetzung hinsichtlich einer bestimmten Verwendung des Gewebes, z.B. für einen genau bezeichneten Empfänger, sei es nur die Absicht der Erlangung eines bestimmten Gegenwertes (z.B. Geld) für die Hingabe des Gewebes.

69) Vgl. Engisch, Die rechtliche Bedeutung ... S.1526; aber nur "soweit der Patient der Aufklärung bedarf" (S.1527), d.h. die mit dem Eingriff verbundenen Gefahren nicht schon kennt. Vgl. auch die These 9 von Schwalm, abgedr. bei Niese a.a.O. S.374

70) Vgl. Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe..., S.131

4. Aufklärung des Spenders

Zur Bestimmung der Grenzen der Aufklärungspflicht wird beim Heileingriff auch der Gedanke herangezogen, daß die Aufklärung um so umfassender sein müsse, je weniger der Eingriff im Lebens- oder Gesundheitsinteresse geboten sei⁷¹ und umgekehrt. Da beim Eingriff am Dritten zu fördernde Lebens- oder Gesundheitsinteressen des Dritten gar nicht auf dem Spiel stehen, an deren Stelle aber - wenn freilich auch nicht ähnlich hoch zu veranschlagen - andere Interessen des Dritten⁷², so ist es sachlich gerechtfertigt, auch diese in entsprechender Weise zur Bestimmung der Grenzen der Aufklärungspflicht heranzuziehen. Als weiteres Abgrenzungskriterium kann der emotionell bestimmte Intensitätsgrad der Einwilligung⁷³ für den Umfang der Aufklärung berücksichtigt werden. Je bestimmter und nachdrücklicher der Eingriff gefordert wird, desto mehr treten etwaige Gefahren für den Fordernden und der Wille, über sie aufgeklärt zu werden, in den Hintergrund.

Bezüglich der zunächst selbstverständlichen Aufklärung über die "ärztliche Handlung" ist zu sagen, daß der Spender speziell bei der Transplantation wissen muß, was für Gewebe und wo es entnommen wird und wie umfangreich die Gewebeentnahme und der Eingriff sind⁷⁴. Was die Gefahren⁷⁵ betrifft, hinsichtlich deren aufzuklären ist, so lassen sich diese nach dem Wesen des Spendereingriffs unterscheiden in solche, die mit dem "technischen Eingriff" an sich, und solche, die mit der Gewebeentnahme, d.h. mit den allein durch sie (dem Minus an Gewebe) bestimmten Folgen verbunden sind. Für die erste Gruppe können die für den Heileingriff entwickelten Grundsätze uneinge-

71) etwa Engisch, Die rechtliche Bedeutung ... S.1530

72) Vgl. Anm.68, S.25

73) Vgl. Anm.60. Von Zimmerl als Unrechtsminderungsgrund, von Engisch für die Bewertung der Sittenwidrigkeit der Tat herangezogen.

74) Bei der Blutentnahme können diese Fragen im allgemeinen als bekannt vorausgesetzt werden.

75) Eine Aufklärung über den Befund kommt beim Eingriff am Spender begrifflich nicht in Betracht.

schränkt herangezogen werden, da sie nicht die Besonderheit gerade der "Spendereingriffe" kennzeichnen. Wenn diese Grundsätze auch keineswegs unbestritten bzw. eindeutig abgrenzbar sind, so haben sich doch folgende Gesichtspunkte als maßgeblich herausgebildet, die der BGH in dem sog. 2. Elektroschockurteil⁷⁶ "bestätigt"⁷⁷ hat.

Der Arzt braucht danach den Patienten nur über die typischen⁷⁸ Gefahren einer Behandlung (Operation) aufzuklären, das sind solche Gefahren, die gerade mit der in Frage stehenden Behandlungsart verbunden zu sein pflegen⁷⁹, d.h. charakteristisch (typisch) für diese sind. Das bedeutet nun aber nicht, daß der Arzt über alle typischen Gefahren aufklären müßte, vielmehr läßt sich dieser Gefahrenkreis noch begrenzen, bedenkt man, daß die Aufklärung dem Patienten die für eine wirksame Einwilligung notwendige Einsicht in die wesentlichen Kriterien eines Eingriffs, die für den Entschluß einzuwilligen ins Gewicht fallen,

76) BGHZ 29/46

77) Vgl. BGH a.a.O. S.58 Ziff.5

78) Das ist überwiegende Auffassung, vgl. Eb.Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S.101, Schwalm, MDR 60/722 (724); Schöнке-Schröder, § 223 Randn.16; BGHZ 29/46 (60); ablehnend Grünwald, ZStW 73/15 vor allem wegen der fehlenden einheitlichen Auffassung, was unter typisch zu verstehen ist, und wohl auch Bockelmann, NJW 61/948.

Nicht aufzuklären braucht der Arzt über die atypischen Gefahren, d.h. "die auf unglücklicher Verkettung unübersehbarer Umstände beruhenden Schädigungsmöglichkeiten" (Eb.Schmidt a.a.O.), nicht über alle "erdenklichen Möglichkeiten".

79) Vgl. BGHZ 29/46 (60). Der Begriff "typisch" und was unter ihn zu subsumieren ist, ist äußerst umstritten, vgl. Grünwald a.a.O. S.12 ff. und Schwalm a.a.O. S.724, der den Versuch macht, eine umfassende Definition zu geben, in die er alle Merkmale einbezieht, die wesentlich sind für die Frage, wann über typische Gefahren aufzuklären ist. Damit ist der Begriff jedoch überfordert.

vermitteln soll. Dann scheiden die sehr selten auftretenden⁸⁰ Gefahren aus, weiter diejenigen, die nur geringfügig (unbedeutend)⁸¹ sind, und schließlich noch die Gefahren, deren Abwendung "beim gegenwertigen Stand der Operationstechnik ... ohne nennenswerte Schwierigkeiten möglich ist"⁸².

Diese für den Bereich der Heileingriffe aufgestellten Grundsätze können beim Eingriff am Dritten nicht uneingeschränkt auf diejenige Gruppe von Gefahren und schädigenden Folgen übertragen werden, die mit der Entnahme des Gewebes (d.h. gerade dem Minus an Gewebe) verbunden sind und damit die typische Eigenart des Spendereingriffs ausmachen. Hier ist eine Aufklärung auch über die atypischen Folgen geboten. Der Spender soll in die Lage versetzt werden, auch die atypischen, auf denkbaren außergewöhnlichen Komplikationen beruhenden Schädigungsfolgen bei seinem Einwilligungentschluß zu berücksichtigen, da auch diese hier als wesentlich - weil die typische Eigenart des Spendereingriffs betreffend - anzusehen sind. Zur Abgrenzung des Kreises der atypischen Gefahren und Folgen, über die aufzuklären ist, können die eben dargestellten Grundsätze herangezogen werden.

5. Der vom Spender verfolgte Zweck

Als weiterer für die Gestattung des Eingriffs, und damit die Einwilligung tragender, wesentlicher Gesichtspunkt

80) Vgl. Engisch a.a.O. S.1528; Bockelmann, NJW 61/947; Schwalm a.a.O. S.724. Wie hoch die Komplikationsdichte sein muß, wird sehr verschieden beurteilt, nach BGH a.a.O. ist bei 7% eine Aufklärung jedenfalls erforderlich, im "Strahlenurteil" BGHZ 29/176 (182) wird sie bei 5-6% bejaht. Zu hoch Schwalm a.a.O. bei 10%. Gegen eine feste Prozentbegrenzung überhaupt Bockelmann a.a.O.

81) BGHZ 29/46 (62)

82) Eb.Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S.101

tritt neben Art, Umfang und Gefahren des Eingriffs der mit dem Eingriff vom Spender in aller Regel verfolgte Zweck. Dieser kann sich aus einer ausdrücklichen Erklärung des Spenders oder aus den besonderen Umständen des Falles ergeben und sich auf die Entgeltlichkeit der Gewebehingabe (oder auf die Erlangung eines anderen Vorteils), oder darauf beziehen, daß die Gewebeübertragung nur auf eine ganz bestimmte Person erfolgen soll⁸³. Diese Zweckbindung macht das Motiv zum bestimmenden Inhalt der Erklärung und führt zur Beachtlichkeit des Motivs und damit eines Irrtums hierüber⁸⁴.

Nach allgemeiner Auffassung führt die von Willensmängeln⁸⁵ über wesentliche Punkte beeinflusste Einwilligung zu deren Unwirksamkeit⁸⁶. Das hat hier sowohl für einen Irrtum über alle aufklärungspflichtigen Tatsachen zu gelten, als auch für den vom Spender verfolgten Zweck. Ist dieser

83) Vgl. dazu das bei Goldhahn-Hartmann a.a.O. S.139-141 angeführte Zivilurteil des OLG Hamburg. Dort wurde das entnommene Blut nicht der Ehefrau des Klägers, sondern - allerdings versehentlich - einer anderen Person übertragen.

84) Im allgemeinen wird der Motivirrtum bei der Einwilligung zu Recht für unbeachtlich gehalten, vgl. Mezger in LK I Vorbem.10e bb vor § 51 (der aber eine unrichtige Vorstellung vom Zweck der Angriffshandlung für beachtlich hält.); Baumann, Lb.AT S.303 ("es sei denn er habe ... schon die Qualität eines Inhaltsirrtums erlangt"); Schönke-Schröder vor § 51 Randn.43 und § 223 Randn.15; vgl. auch RGSt 41/392 (396): "Bloße, außerhalb des Gegenstandes der Einwilligung liegende irrige Beweggründe oder unrichtige Vorstellungen von Verhältnissen, die nur entfernt mit diesem Gegenstand zusammenhängen, würden dabei (erg. für die Beurteilung der Wirksamkeit) nicht in Betracht zu kommen haben ...". Der Motivirrtum wird also nicht schlechthin für unbeachtlich erklärt.

85) Die sich nicht nach den Vorschriften des BGB beurteilen und keiner Anfechtung bedürfen, vgl. dazu Kohlransch-Lange II 3 b vor § 51.

86) Vgl. Schönke-Schröder, § 223 Randn.15; Engisch, Die rechtliche Bedeutung ... S.1526; BGHSt 16/309 (310)

erkennbar zum Ausdruck gekommen, so ist der Eingriff mangels wirksamer Einwilligung rechtswidrig, wenn seitens des Arztes mit ihm andere Zwecke verfolgt werden, die der Zwecksetzung des Spenders zuwiderlaufen⁸⁷. Davon zu unterscheiden sind die Fälle, daß erst nach der Gewebeentnahme andere Zwecke verfolgt werden, sei es daß das Gewebe einer anderen Person übertragen wird, oder die Zahlung des Entgelts verweigert wird. Hier bleibt der Eingriff rechtmäßig⁸⁸.

6. Die Sittenwidrigkeit der Tat und der lebensgefährdende Eingriff

Nach § 226a StGB hat die Einwilligung dann keine rechtfertigende Wirkung, wenn die Tat - trotz wirksamer Einwilligung - "gegen die guten Sitten verstößt". Bezugspunkt der sozialetischen Mißbilligung ist die Körperverletzung des Täters⁸⁹, sei es, daß schon dessen Beweggrund allein der Tat den sittlichen Makel aufprägt⁹⁰, oder diese in ihrer Gesamterscheinung "nach den gegebenen sozialen Verhältnissen als gemeinschaftswidrig gelten muß"⁹¹, sie "dem Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden"⁹² zuwiderläuft. Als Maßstab kann dabei das Verhältnis zwischen Schwere und Zweck der Verletzung herangezogen werden, wobei als weiteres Kriterium auch der Wert des Selbstbestimmungsrechtes des einzelnen zu berücksichtigen ist⁹³.

87) So auch Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S.131. Erst recht ist natürlich die Einwilligung unwirksam, wenn sie durch arglistige Täuschung oder Drohung veranlaßt war.

88) Rechtmäßigkeitsbeurteilung zur Zeit der Tat!

89) Schaefer, IK II § 226a Anm.III

90) Vgl. die Beispiele bei Maurach Lb AT S.289. Erforderlich ist aber, daß der Beweggrund die Handlung zu einer sittenwidrigen macht, vgl. Kohlrausch-Lange, § 226a Anm.IV

91) Maurach, Lb AT S.289

92) RG JW 38/30 (31)

Über jeden Zweifel erhaben ist der Beweggrund des Arztes - durch Blut- oder Gewebeentnahme Kranken und Verletzten helfen zu können - und bei Blutentnahmen kann außerdem schon wegen der Geringfügigkeit des Eingriffs und der nur unerheblichen Schädigung des Spenders von einer sittlichen Mißbilligung der Tat nicht gesprochen werden. Aber auch bei Gewebeentnahmen, selbst wenn sie einen größeren Umfang annehmen und zu einer nicht unerheblichen Schädigung des Spenders führen, ist angesichts des sozial positiven Zwecks und des zu erwartenden Vorteils für den Empfänger die Sittenwidrigkeit der Tat regelmäßig zu verneinen. Hier bietet sich der Vergleich mit den Grundsätzen des übergesetzlichen Notstandes an. Ein zwangsweiser Eingriff, der nach diesen Grundsätzen vielleicht gerechtfertigt werden könnte, kann vorliegend nicht die Sittenwidrigkeit der Tat begründen⁹⁴. Anders als beim zwangsweisen Eingriff im übergesetzlichen Notstand und dessen notwendig engen Grenzen dürfte es vorliegend jedoch schon genügen, wenn die Abwägung⁹⁵ von Spender- und Empfängerinteressen ergibt, daß der Nachteil für den Spender nicht außer Verhältnis zum Vorteil für den Empfänger steht⁹⁶. Die Sittenwidrigkeit des Spendereingriffs wäre erst dann zu bejahen, wenn der zu erwartende Vorteil für den Empfänger in einem erheblichen Mißverhältnis zu dem Nachteil

93) So Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe S.85, zur Rechtfertigung von Körperverletzungen im allgemeinen.

94) Das ergibt sich daraus, daß auch im übergesetzlichen Notstand die Notstandshandlung die "Schranke der "Sittengemäßheit" nicht übersteigen darf.

95) Die immer nur eine solche "ex ante" sein kann.

96) Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe S.91, fordert, daß bei der Transplantation der Vorteil für den Kranken "mindestens so groß sein" muß, wie der Nachteil für den Spender. Das ist jedoch bei der freiwillig erfolgenden Gewebeentnahme zu eng, wenn der Wert des Selbstbestimmungsrechts mitwiegen soll.

für den Spender steht und dessen Verletzung nicht ganz unerheblich ist⁹⁷.

Würde es sich bei dem Eingriff am Spender um einen lebensgefährdenden Eingriff handeln, so käme es auf die Beurteilung der Tat als sittenwidrig dann nicht mehr an, wenn schon das Vorliegen einer rechtswirksamen Einwilligung zu verneinen wäre. Aus der Unverfügbarkeit des Rechtsgutes "Leben" ergibt sich, daß die Einwilligung in die eigene Tötung unbeachtlich ist, was der Gesetzgeber in § 216 StGB zum Ausdruck gebracht hat⁹⁸. Aber selbst wenn man die Einwilligung nur unter dem Gesichtspunkt des bewußten Eingehens eines Risikos beurteilt und sie auf dieses bezieht, ändert sich an dem Ergebnis nichts. Denn die Lebensgefährdung bedeutet die Möglichkeit eines solchen - tödlichen - Ausganges, so daß die Einwilligung in die mögliche Gefährdung "notwendiger Bestandteil" der Einwilligung in das Risiko ist⁹⁹. Die Verfügungsbefugnis muß sich in diesem Fall nach dem Rechtsgut richten, "das die gebilligte Handlung verletzt oder gefährdet"¹⁰⁰. Sie ist bei der Lebensgefährdung - betrachtet man diese für sich allein - nicht gegeben¹⁰¹.

97) Vgl. auch die von Oppenheim, Das ärztliche Recht ... S.27 aufgestellten Regeln, nach denen der Arzt zu Blut- und Hautentnahmen am Gesunden berechtigt ist: "Der Arzt ist zu solchen Eingriffen an Gesunden berechtigt, wenn erstens die betr. Person ihre Einwilligung gibt, zweitens dem Gesunden durch den Eingriff voraussichtlich kein dauernder Schaden an der Gesundheit entsteht, und drittens das dem Gesunden durch den Eingriff zugefügte Übel erheblich geringer ist als das Übel des Kranken, welches geheilt werden soll".

98) Aber auch ohne eine solche Bestimmung würde das Selbstbestimmungsrecht des einzelnen hier seine Grenze finden; § 226a StGB gilt nur für die Körperverletzungsdelikte, vgl. auch BayObLGst 1957/75.

99) Vgl. Hansen a.a.O. S.100

100) Hansen a.a.O. S.116; vgl. auch Mittermaier in Anm. zu RG JW 25/2250 (2252)

101) In diesem Sinne wohl auch Welzel, Lb.S.89; a.A. Schöнке-Schröder § 59 Randn.167

Grundsätzlich in Betracht kommt jedoch eine Rechtfertigung des lebensgefährdenden Spendereingriffs bei Einwilligung des Spenders¹⁰² aus dem Gesichtspunkt des übergesetzlichen Notstandes¹⁰³. Zwar wiegt jedes Menschenleben vor der Rechtsordnung gleich schwer, doch kann eine Interessenabwägung dann das überwiegende Interesse des Empfängers ergeben, wenn der Eintritt seines Todes ohne die Gewebeübertragung als sicher gilt, die Lebensgefährdung des Spenders aber nur möglich oder nicht sehr wahrscheinlich ist. Damit wird nicht Leben gegen Leben abgewogen, vielmehr werden die Wahrscheinlichkeitskoeffizienten der Gefährdungen in Relation gesetzt. Eine wesentliche Rolle bei dieser Abwägung kann weiter die Tatsache spielen, daß der Spender unheilbar krank ist, sein Tod vielleicht sogar unmittelbar bevorsteht. Die damit schon "vorliegende Schadensbereitschaft"¹⁰⁴ darf aber nicht im Sinne einer - beim Rechtsgut Leben auf jeden Fall abzulehnenden¹⁰⁵ - "Wertminderung" berücksichtigt werden, sondern nur als ein die Wahrscheinlichkeitsabwägung beeinflussender Faktor. Wenn die Einwilligung für sich allein auch nicht rechtfertigen kann, so bekommt sie doch ein entscheidendes Gewicht hier dadurch, daß sie eine derartige Abwägung ermöglicht¹⁰⁶.

102) Vgl. auch Mittermaier a.a.O. unter Bezug auf RGSt 57/172 zur Rechtfertigung einer Lebensgefährdung.

103) Das Prinzip des "erlaubten Risikos" kommt - als Unterfall der "sozialen Adäquanz" aufgefaßt - hier nicht rechtfertigend in Betracht; als Unterfall des übergesetzlichen Notstandes aufgefaßt richtet es sich nach dessen Erfordernissen, vgl. zu letzterem Hirsch a.a.O. S.86/87 und 100.

104) Zur Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, vgl. Kaufmann, Schmidt-Festschrift, S.200 ff.

105) Vgl. auch Roxin, ZStW 74/429

106) Auch Maunz-Dürig a.a.O. Art.2 II GG Randn.12, halten die "Gestattung lebensgefährlicher operativer Eingriffe zur Rettung anderen Menschenlebens" für rechtsbeachtlich.

III. Der zwangsweise Eingriff am "Spender" im übergesetzlich rechtfertigenden Notstand

1. Überblick über die Problematik

Beling hat in seiner Untersuchung über "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe"¹ die Zulässigkeit einer Gewebeentnahme im Notstandsfall bejaht², Engisch die Möglichkeit einer straflosen Blut- oder Hautentnahme angedeutet³ und Gallas die Rechtfertigung einer zwangsweisen Blutentnahme abgelehnt⁴. Damit war eine fruchtbare Diskussion ausgelöst, die sich bis in die Beratungen der Großen Strafrechtskommission⁵ fortgesetzt hat und einen nicht zu unterschätzenden Einfluß auf die Fassung des § 39 des Entwurfes 1962 ("Rechtfertigender Notstand") ausgeübt hat, was sich auch in der amtlichen Begründung zeigt⁶, wo das Beispiel der zwangsweisen Blutentnahme besonders hervorgehoben wird.

Die Diskussion in der Großen Strafrechtskommission hat sich bei der Regelung des Notstands immer wieder an diesem Fall orientiert und die Mehrheit hat sich auch der von Gallas vertretenen Lösung der Ablehnung einer Rechtfertigung der zwangsweisen Blutentnahme angeschlossen. Doch wurde von einigen Kommissionsmitgliedern - außerhalb der Sitzung - auch die Auffassung vertreten, daß eine zwangsweise Blutentnahme im Notstand "nach Lage des Falles" durchaus gerechtfertigt sein könne⁷. Die zentrale Bedeu-

1) ZStW 44/237

2) Im Sinne ihrer Rechtfertigung durch die "Güterabwägungstheorie", a.a.O.

3) Die rechtliche Bedeutung ..., S.1551: "... im Falle äußerster Not vielleicht mit Notstandsgrundsätzen geholfen werden kann".

4) Mezger-Festschrift, S.325/326

5) Niederschriften 12.Bd. S.164,178,179,183

6) Vgl. Entwurf 1962 S.160

7) Mitget.von Lackner, Niederschriften 12.Bd. S.179

tung gerade des Beispiels der zwangsweisen Blutentnahme liegt darin, daß es wie kaum ein anderes geeignet ist, die Situation zu markieren, in die alle Erörterungen über die Notstandsproblematik dann münden, wenn die sich gegenüberstehenden Rechtsgüter einer rein rechnerischen Wertkalkulation weitgehend unzugänglich sind.

Jenseits vom Kampf der um Anerkennung ringenden Notstandstheorien wird deutlich, daß es hier um ethische Wertungsprobleme geht. Bei dem Vergleich der Werte von Leben auf der einen und Körperintegrität (und Freiheit) auf der anderen Seite, tritt diese entscheidende Frage besonders klar zutage, zugleich die Situation kennzeichnend, in der sich die Notstandsproblematik heute befindet. Dies hat Lenckner im Sinne, wenn er erklärt: "So ist die Behauptung berechtigt, daß die Abgrenzung rechtmäßiger und rechtswidriger Notstandshandlungen heute das zentrale Problem der Notstandslehre geworden ist"⁸. Denn seit der bahnbrechenden Entscheidung des RG (61/242) vom 11.3.1927 war der Übergesetzliche Notstand als Rechtfertigungsgrund auch in der Praxis grundsätzlich anerkannt, so daß es sich seitdem nicht mehr um die Frage des Ob, sondern nur noch um die des Wie, d.h. um die Ausgestaltung des Rechtfertigungsgrundes im einzelnen handelte. Hier wiederum lassen sich zwei Fragen unterscheiden, die der formellen Ausgestaltung, die zum Teil mit den einzelnen zum Notstand entwickelten Theorien zusammenhängt und die nach dem Gewicht, d.h. der Ranghöhe der gegenüberstehenden Werte, eine Frage, die in den Bereich der Ethik führt.

Im folgenden sollen daher, entsprechend dieser Kennzeichnung des Problems, vom Begriff des Notstandes und seinen zwei Unterfällen der Güter- und Pflichtenkollision ausgehend, die verschiedenen Notstandstheorien sowie schließlich die Abwägung und Wertung dargestellt werden.

8) Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S.4

2. Der Begriff des übergesetzlichen Notstandes und die Güter- und Pflichtenkollision

Als strafrechtlichen Notstand im weitesten Sinne bezeichnet man den Zustand einer gegenwärtigen Gefahr für ein oder mehrere Rechtsgüter, der nicht anders beseitigt werden kann, als durch einen, den äußeren Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllenden Eingriff in das Rechtsgut eines anderen Rechtsgutsträgers⁹. Dabei unterscheidet man, je nach dem, ob nur Rechtsgüter kollidieren oder in bezug auf diese beim Täter Handlungspflichten bestehen und diese kollidieren, die Rechtsgüter also durch Handlungspflichten gewissermaßen überhöht sind, zwischen Güter- und Pflichtenkollision. Diese Unterscheidung wäre bedeutungslos, folgten beide Spielarten gleichen Regeln. Da sich die Handlungspflichten ja tatsächlich wieder auf Rechtsgüter beziehen, werden die für die Güterkollision entwickelten Grundsätze auch auf die Pflichtenkollision entsprechend angewandt¹⁰. Eine besondere Sachlage ist jedoch bei der Pflichtenkollision dadurch gegeben, daß der zum Handeln Verpflichtete auf jeden Fall handeln muß, will er nicht beide Pflichten verletzen. Dies führt bei Gleichwertigkeit der beiden Pflichten dazu, daß der Täter eine Pflicht zugunsten der anderen verletzen muß, während er bei Gleichwertigkeit der Rechtsgüter bei der Güterkollision - wie sich noch zeigen wird - gerade nicht handeln, d.h. das bedrohte Gut nicht retten darf¹¹. Wegen dieser Zwangslage bei der Pflichtenkollision läßt z.B. Baumann¹² auch bei Gleichwertigkeit der Handlungspflichten Rechtfertigung eintreten, was für ihn daraus folgt, "daß niemandem Unmögliches abverlangt werden kann".

9) So RGSt 61/242 (248)

10) Welzel, Lb. S.82; Maurach, Lb.AT S.282: "Dies ergibt sich zwangsläufig aus der Objektivierbarkeit jeder Pflicht".

11) Maurach a.a.O. S.281; Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S.27

12) Lehrbuch AT S.331/332

Bei der durch das Erfordernis einer Bluttransfusion oder Transplantation gekennzeichneten Notstandssituation trifft den Arzt aus der Übernahme der Behandlung, d.h. aus dem Behandlungsvertrag die Pflicht, alles zu tun, um dem Patienten Leben und Körperintegrität zu erhalten, das bedeutet eine aktive Handlungspflicht in bezug auf diese Rechtsgüter. Damit trifft auf der anderen Seite nur eine Unterlassungspflicht zusammen, nämlich die, keinen anderen Rechtsgutsträger in seiner Körperintegrität zu beeinträchtigen.

Einen solchen Fall des Zusammentreffens von Handlungs- und Unterlassungspflicht kann man nicht zu den echten Pflichtenkollisionen rechnen¹³, da diese gerade dadurch gekennzeichnet sind, daß der Täter, wie immer er sich auch entscheidet, handeln muß, weil ihn zwei Handlungspflichten treffen¹⁴. Da es sich bei dem vorliegenden Problem um einen Fall der "normalen" Güterkollision handelt, kann die Frage der möglichen Andersbehandlung der Pflichtenkollision ausgeklammert werden.

3. Die einzelnen Notstandskriterien

Sieht man sich die einzelnen Merkmale des Notstandsbegriffes im Hinblick auf Transfusion und Transplantation an, so ergeben sich folgende Gesichtspunkte: Der Empfänger muß sich in einem Zustande gegenwärtiger Gefahr befinden und das Blut oder Gewebe des "Spenders" muß das einzige Mittel sein, diesen Zustand zu beseitigen. Nach allgemeiner Meinung¹⁵ braucht der Zustand "gegenwärtiger Gefahr" nicht unverschuldet zu sein, um ein extremes Beispiel herauszugreifen, auch wer sich in selbstmörderischer Absicht die Pulsadern aufgeschnitten hat, hat nicht das Recht verwirkt,

13) Anders anscheinend wohl v. Weber a.a.O. S.236

14) Welzel, Lb.S.83; Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S.5

15) So schon RGS 61/242 (255)

das sich etwa aus der darauf folgenden Notstandssituation ergibt. Dogmatisch handelt es sich um die Frage, ob das gefährdete Rechtsgut im konkreten Fall noch schutzwürdig ist. Diese Frage ist bei der Gefährdung des Lebens schon deshalb stets zu bejahen, weil das Leben zu den unverzichtbaren Rechtsgütern gehört und daher immer schutzwürdig bleibt.

a) Gegenwärtigkeit der Gefahr

Die Gefahr muß gegenwärtig sein, d.h. der Eintritt der Rechtsgutverletzung muß sicher oder doch höchstwahrscheinlich unmittelbar bevorstehen, die bloß entferntere Möglichkeit des Eintritts des Schadens genügt nicht. Der Patient muß also der Übertragung augenblicklich bedürfen, sie muß medizinisch dringend indiziert sein.

Bei allen Erörterungen, die sich um die Frage der zwangsweisen Blutentnahme drehen, wird immer von der "selbstverständlichen" Voraussetzung ausgegangen, daß es sich um eine lebensbedrohende Situation handelt. Das erklärt sich vom Ausgangsgedanken des Übergesetzlichen rechtfertigenden Notstandes her, bei dem ein höheres Gut auf Kosten eines minderen erhalten werden soll¹⁶. Wenn auch das Rangverhältnis der beteiligten Rechtsgüter nur - wie sich noch zeigen wird - ein Gesichtspunkt unter mehreren ist, so ist es doch letztlich ein entscheidender Gesichtspunkt. Da bei der zwangsweisen Blut- oder Gewebeentnahme Körperintegrität (und Freiheit) auf der Seite des "Spenders" verletzt werden, muß auf der anderen Seite mehr als nur die Körperintegrität auf dem Spiel stehen. Die Befürchtung einer nur unmittelbaren Verschlechterung des bestehenden Zustandes eines Kranken reicht also nicht zur Begründung einer Notstandssituation mit einer in Aussicht genommenen zwangs-

16) Baumann hatte noch in der 2.Auflage seines Lehrbuchs gegen die h.M. den Schutz eines gleichwertigen Rechtsgutes genügen lassen. Jetzt aber wieder Text, vgl. 4.Aufl., S.325

weisen Blut- oder Gewebeentnahme aus. Vielmehr muß unmittelbar das Leben des zu Rettenden bedroht sein.

b) Erfordernis des einzigen Mittels

Unmittelbar aus dem Notstandsbegriff und nicht erst als Ergebnis der verschiedenen Notstandstheorien ergibt sich weiter, daß die zwangsweise Blut- oder Gewebeentnahme (und die Übertragung) das einzige Mittel sein muß, um den Zustand der Notstandsgefahr beseitigen zu können. Das bedeutet die Erforderlichkeit gerade dieser Maßnahme zur Abwendung der Gefahr, d.h. die Maßnahme muß einerseits ein geeignetes Mittel der Gefahrabwendung darstellen und es darf andererseits kein "milderes Mittel" (oder eine andere Möglichkeit) gegeben sein. Nur die sinnvolle und unbedingt notwendige "Opferung" eines Rechtsgutes kann rechtlich gebilligt werden.

Die Frage, ob eine Blut- oder Gewebeübertragung zur Abwendung einer Lebensgefahr geeignet und notwendig ist, kann nur medizinisch vom jeweiligen Einzelfall her beantwortet werden, wobei allein eine Beurteilung "ex ante" maßgeblich sein kann. Eine zwangsweise Blutentnahme z.B. ist selbstverständlich dann nicht das einzige Mittel, wenn geeignete Konserven¹⁷ oder freiwillige Spender zur Verfügung stehen oder umgehend beschafft werden können.

Da der Grundsatz des mildesten Mittels aber nicht nur für die Abgrenzung des strafrechtlichen Notstandes¹⁸ in Be-

17) Da es zur Lebensrettung z.B. beim Blutverlust entscheidend auf das bei dem Verletzten "normale" Flüssigkeitsvolumen des Blutes ankommt, wirken auch "künstliche kolloidale Plasmaersatzflüssigkeiten lebensrettend", Hellner-Nissen-Vosschulte a.a.O.S.27. Andererseits sind "alle kristalloiden Infusions- und Salzlösungen... aber völlig ungeeignet, eine schwere Oligämie etwa durch starke Blutverluste oder einen Eiweißmangel zu bessern", Hellner-Nissen-Vosschulte a.a.O.S.35. Im folgenden wird stets von dem Beispiel der zwangsweisen Blutentnahme ausgegangen, einmal um den Text nicht unnötig zu belasten, zum anderen weil sie den weniger schweren Eingriff darstellt.

tracht kommt, sondern seine Wirkung auch innerhalb des strafrechtlich geschützten Rechtsgüterbereichs entfaltet, ist als mildestes Mittel immer nur jenes anzusehen, welches das im Vergleich zu anderen Rechtsgütern - deren Verletzung ebenfalls in Betracht käme - relativ niedrigste Rechtsgut verletzt. Nun handelt es sich zwar bei der zwangsweisen Blutentnahme immer nur um die Rechtsgüter Freiheit und Körperintegrität, die absolut gesehen bei jedem Menschen gleichen Rang haben und daher auch gleichen Schutz beanspruchen dürfen. Aber es ließe sich innerhalb dieser Rechtsgüter an eine Graduierung der Art und Weise denken, daß von mehreren in Frage kommenden Spendern aufgrund einer bestimmten Beziehung zu den Betroffenen der eine mehr, der andere weniger verpflichtet sein könnte, ein Opfer zu erbringen. Dann würde mit der Zunahme der Intensität der Verpflichtung zu diesem Opfer eine Abnahme der Schutzwürdigkeit des Rechtsgutes korrespondieren.

Man stelle sich vor, daß als Spender z.B. der Ehegatte des Betroffenen, ein anderer Angehöriger, der behandelnde Arzt und ein unbeteiligter Dritter in Betracht kommen, weil sie alle in gleicher Weise unmittelbar zur Verfügung stehen und die gleichen Blutgruppeneigenschaften besitzen.

Zur Begründung einer "Verpflichtung" zum Opfer genügt dabei nicht die Bezugnahme auf außerrechtliche sozialetische Normen, da diese nur den Abwägungsmaßstab beeinflussen können¹⁹. Es kommt daher hier nur eine - als Rechts-

18) Gegenüber Eingriffen in Rechte, die strafrechtlich keinen Schutz genießen, aber zur Abwendung eines Notstandes in Betracht kommen.

19) Gleicher Auffassung Baumann, Lb. AT S. 327, der bei "näher verpflichtetem Rechtsgutininhaber" eine Veränderung des Abwägungsmaßstabes zugunsten der übrigen Betroffenen annimmt; ebenso Mezger-Blei, StB I S. 141. A.A. Lenckner a.a.O. S. 82, der das Vorliegen einer Notstandssituation verneint, falls ein zum Opfer eher Verpflichteter als Spender in Betracht kommt.

pfl²⁰ - statuierte Verpflichtung zum Opfer in Betracht, die sich entweder unmittelbar auf eine rechtliche Norm - die keine strafrechtliche zu sein braucht - oder auf einen Tatbestand gründen muß, aus dem man eine solche Rechtspflicht ableiten kann²¹.

aa) Die Hilfspflichtigen aus § 330c StGB

§ 330c StGB gebietet die Pflicht zur Hilfeleistung für jedermann "bei Unglücksfällen". Unglücksfälle in diesem Sinne sind "plötzlich eintretende Ereignisse, die erhebliche Gefahren für Menschen ... hervorrufen oder hervorzurufen drohen"²². Darunter lassen sich die Fälle subsumieren, in denen z.B. auf Grund eines Unfalls eine Bluttransfusion zur Rettung des Lebens erforderlich ist.

Da weiter aber auch anerkannt ist, "daß es Fälle im Rahmen einer Krankheit geben kann", nämlich soweit es sich "um ein plötzliches Eintreten des jeweils schädigenden besonderen Ereignisses handelt", die als Unglücksfall gemäß § 330c StGB angesehen werden können²³, läßt sich damit wohl jeder Fall der Notwendigkeit einer sofortigen Bluttransfusion unter den Begriff Unglücksfall des § 330c StGB subsumieren.

Die von § 330c StGB begründete Verpflichtung zur Hilfeleistung findet jedoch ihre Begrenzung in der Zumutbarkeit

20) Im Unterschied zu einer nur gesteigerten "Aufgabe - pflicht" (Baumann Lb.AT S.326) des Rechtsguts z.B. bei Feuerwehrleuten und Polizeibeamten, die lediglich den Abwägungsmaßstab verändert.

21) Zum Bedeutungswandel, den der Begriff "Rechtspflicht" im Bereich der unechten Unterlassungsdelikte erfahren hat, vgl. Grünwald, ZStW 70/414. So werden heute Rechtspflichten anerkannt, die sich nur aus dem "Rechtsgefühl" erklären lassen. Für eine stärkere Positivierung der Garantenpflichten, Geilen a.a.O. S.385

22) Schöнке-Schröder § 330c Randn.5

23) So RGSt 75/68 (71)

der Hilfe²⁴. Da sich die Zumutbarkeit nach dem "allgemeinen Sittengesetz"²⁵, nach "außerrechtlichen ethischen Grundnormen"²⁶ richtet, begründet § 330c StGB keine besondere Verpflichtung zum Opfer²⁷, sondern enthält nur eine Bezugnahme auf möglicherweise bestehende Verpflichtungen. Das hat für die Hilfspflicht, speziell des Arztes, auch der BGH²⁸ im Anschluß an das RG²⁹ betont und festgestellt, daß § 330c StGB "keine ärztliche Sonderpflicht aufstellt, sondern den Arzt an sich jedermann gleichstellt". Der gleiche Gedanke gilt aber auch für den Ehegatten u. a. Angehörige, soweit sie zu den "Garanten" zu zählen sind³⁰).

bb) Die Garanten

Bei den unechten Unterlassungsdelikten treffen den Garanten - im Hinblick auf bestimmte Rechtsgüter - zwar spe-

24) Ob man die Unzumutbarkeit, wie die überwiegende Auffassung, als Begrenzung der Handlungspflicht und damit als Tatbestandsproblem ansieht (so überzeugend z.B. Henkel, Festschrift für Mezger S.280/281) oder als Element der Schuld (so Maurach Lb.AT S.446 und Welzel Lb. S.427), ist für die Beantwortung des Pflichtenumfanges im Ergebnis unerheblich und kann daher hier auf sich beruhen.

25) BGHSt 11/135 (136)

26) Schönke-Schröder § 330c Randn.20

27) In einem von Ermel, Münchner Medizinische Wochenschr. 1931, S.1326, mitgeteilten Urteil des OLG Königsberg vom 5.2.1931, das den Fall einer Blutentnahme ohne Einwilligung zur Lebensrettung betrifft, hatte das Gericht festgestellt, "daß eine menschliche Pflicht, Blut zur Rettung einer anderen Person in höchster Lebensgefahr" hinzugeben "noch keine Rechtspflicht erzeugt".

28) BGHSt 2/296 (298)

29) RGSt 75/68 (72)

30) Freilich wird man von einem Garanten größere Opfer fordern können, als von einem Nichtgaranten, Schönke-Schröder, Vorbem.94 vor § 1. Inwieweit aber im Einzelfall, ist wieder Ergebnis der Zumutbarkeitsprüfung.

zielle Erfolgsabwendungspflichten, doch bedingt die Garantstellung nur die Möglichkeit der Haftung³¹ generell, löst also die Frage nach dem "strafrechtlichen Einstehen-müssen"³² nur aus.

Wenn also der Ehegatte, aber auch andere nahe Angehörige³³ gegenseitig eine Garantpflicht zur Abwendung einer Gefahr für Leib und Leben haben und auch den Arzt aus der Übernahme der ärztlichen Behandlung eine solche Pflicht trifft, so ist im Falle einer dennoch eingetretenen Rechtsgutverletzung noch nichts über die strafrechtliche Haftung ausgesagt. Da zur Möglichkeit der Verhinderung des Erfolges - durch eine bestimmte Handlung - hinzukommen muß, daß diese Handlung rechtlich gefordert werden kann, läuft dies wiederum auf die Frage hinaus, welchen Umfang die Erfolgsabwendungspflichten haben, d.h. wie weit die Rechtspflicht des einzelnen Garanten geht. Damit verlagert sich wie bei § 330c³⁴ das Problem in die Zumutbarkeit³⁵

31) Henkel, MSchrKrim. 1961/178 (179)

32) Henkel a.a.O.

33) Welzel, Lb.S.193: "Den Umfang des für eine Garantstellung in Frage kommenden Angehörigenkreises abzustecken, ist in Randgebieten schwierig".

34) So die überwiegende Ansicht; vgl. dazu Anm.24, S.42

35) Welzel, JZ 58/494 (mit Hinweis auf RG 69/324): "Und was in § 330c StGB gesetzlich anerkannt ist, muß für alle echten und unechten Unterlassungsdelikte gelten, weil sich bei ihnen allen das gleiche Zumutbarkeitsproblem stellt". Ders.Lb. S.200: "Dagegen ist es etwas anderes und nicht zu erwarten, daß der Unterlassende sich durch Vornahme einer gebotenen Handlung selbst schädigen soll". Ablehnend Maurach Lb. AT S.521, der eine allgemeine Anerkennung der Unzumutbarkeit als Schuld- oder Verantwortungs-ausschlußgrund verneint: "Die weder durch die §§ 52/54 StGB noch durch die Kollision inkomensurabler Pflichten gedeckten Gefahren, hat auch der Unterlassungstäter auf sich zu nehmen". Maurach a.a.O. räumt aber ein, daß der Unterschied zwischen seiner Auffassung und den Befürwortern einer übergesetzlichen Unzumutbarkeit nicht "allzu bedeutsam" sei.

der erforderlichen Handlung - es sei denn die geforderte Handlung ist so "selbstverständlich", daß sich die Zumutbarkeitsfrage gar nicht stellt - wodurch der Rückgriff auf die "herrschenden soziaethischen Wertvorstellungen" notwendig wird. So ergibt sich für den Ehegatten und die nahen Angehörigen die selbstverständliche Pflicht, sich gegenseitig vom Selbstmord abzuhalten oder beim schon versuchten Selbstmord den Erfolg zu vereiteln, "dem Selbstmörder wieder den Kopf aus der Schlinge zu ziehen". Der Arzt hat die selbstverständliche Pflicht, zum Schutz des Patienten alle Maßnahmen zu treffen, die sich gerade aus seiner ärztlichen Sachkunde und seinem ärztlichen Beruf ergeben³⁶, so "einem Kranken Linderung seiner Schmerzen zu verschaffen"³⁷, als Bereitschaftsarzt einen nächtlichen Krankenbesuch zu machen³⁸, bei Diphtherieverdacht eine bakteriologische Untersuchung durchzuführen³⁹.

Vergleicht man diese typischen Fälle einer selbstverständlichen Garantenhandlung mit der Lebensrettung, die nur durch einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Garanten durchgeführt werden kann, so zeigt sich, wie völlig verschieden die Situation ist und wie notwendig es wird, die Frage nach der Zumutbarkeit zu stellen. Keinesfalls bedingt also die Garantenstellung generell die Verpflichtung zu einem solchen Opfer.

Als Ergebnis kann festgehalten werden, daß sich eine besondere Verpflichtung der Angehörigen oder des Arztes im Sinne einer Rechtspflicht zum Opfer nicht ergibt. Das hat zur Konsequenz, daß eine Notstandssituation nicht schon dann verneint werden kann, wenn diese Personen als "Spender" in Betracht kommen, vielmehr bleibt die Erforderlichkeit der Notstandshandlung (d.h. einer zwangsweisen Blutent-

36) Vgl. § 1 BAO

37) BGH LM Nr.6 zu § 230 StGB

38) BGHSt 7/211

39) Schönke-Schröder, Vorbem.118 vor § 1

nahme) gegeben⁴⁰.

Sind damit die einzelnen Kriterien des Notstandes umrissen und die Erfordernisse im Hinblick auf die zwangsweise Blutentnahme dargestellt, so können nunmehr die verschiedenen Notstandstheorien, die im Gewande von Güterabwägungs-, Zweck- und Interessenabwägungstheorie auftreten, zur Beurteilung herangezogen werden.

4. Die Güterabwägungstheorie

Im Zeichen dieser, im bürgerlichen Recht in § 904 BGB gesetzlich verankerten Theorie hatte das RG⁴¹ den übersetzlichen Notstand für das Strafrecht als Rechtfertigungsgrund anerkannt.

Indem es zugleich die vom Vorderrichter der Entscheidung zugrunde gelegte Zwecktheorie wegen der "Weite der Fassung"⁴² ablehnte, stellte das RG fest, daß "nahezu allgemeine Anerkennung ... der folgende, aus jenem Rechtsge danken abgeleitete, aber wesentlich enger gefaßte Grundsatz gefunden" habe:

"In Lebenslagen, in welchen eine den äußeren Tatbestand einer Verbrechensform erfüllende Handlung das einzige Mittel ist, um ein Rechtsgut zu schützen oder eine vom Recht auferlegte oder anerkannte Pflicht zu erfüllen, ist die Frage, ob die Handlung rechtmäßig oder unverboden oder rechtswidrig ist an der Hand des dem geltenden Recht zu entnehmenden Wertverhältnisses der im Widerstreit stehenden Rechtsgüter oder Pflichten zu entscheiden - Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung"⁴³.

40) Lenckner a.a.O. S.81/82 verneint - eine Duldungspflicht des behandelnden Arztes vorausgesetzt - die Frage der Erforderlichkeit hinsichtlich eines Eingriffs an einem unbeteiligten Dritten.

41) RGSt 61/ 242

42) a.a.O. S.253

43) a.a.O. S.254

Der erste Teil dieses Grundsatzes umgrenzt die Notstandssituation, der zweite kennzeichnet das Rechtsprinzip, das seine Ausprägung dadurch erhält, daß "das geringerwertige Gut dem höherwertigen weichen muß, der Eingriff in das geringerwertige nicht rechtswidrig ist"⁴⁴.

Zum Wertverhältnis der Rechtsgüter hat das RG ausgeführt: "Bei der Güterabwägung ist von den Wertungen auszugehen, die in den zum Schutz der Rechtsgüter erlassenen Strafdrohungen des geltenden Rechts ihren allgemeinen Ausdruck gefunden haben"⁴⁵.

Diesem Rechtfertigungsgrund liegt der Gedanke zugrunde, "daß es in Konfliktsfällen den einer jeden Rechtsordnung immanenten Zielen entspricht, ein an sich geschütztes Rechtsgut zu opfern, falls dies das einzige Mittel ist, um ein anderes - höherwertiges - Rechtsgut zu erhalten"⁴⁶. Auf eine kurze Formel gebracht, lautet das Güterabwägungsprinzip: "Nicht rechtswidrig handelt, wer ein geringerwertiges Rechtsgut verletzt oder gefährdet, wenn nur dadurch ein höherwertiges Rechtsgut gerettet werden kann"⁴⁷.

Der immer wieder gegen dieses Prinzip vorgebrachte Einwand, daß es keine fest bestimmbare Güterskala, "keinen Güterkatalog mit einer eindeutigen Rangordnung"⁴⁸ der Rechtsgüter gibt und dieser auch nicht aus den Strafdrohungen des Gesetzes entnommen werden kann, kommt im vorliegenden Fall nicht zum Tragen. Denn bei der zwangsweisen Blutentnahme im Notstandesfall stehen sich auf der einen Seite das Leben, auf der anderen Seite Körperinte-

44) a.a.O. S.254

45) a.a.O. S.255

46) Schröder in SchwZSt. 76/2

47) Mezger, Lb. S.239

48) vgl.z.B. Gallas, Mezger-Festschrift S.325

gritt und Freiheit gegenüber, so daß ein Vergleich der betroffenen Rechtsgüter stets zugunsten des Rechtsguts Leben als höherwertigem Rechtsgut ausfallen muß. Denn mag es auch diese bestimmte Rangordnung der Rechtsgüter nicht geben, so besteht doch kein Zweifel, daß das menschliche Leben das höchste aller Rechtsgüter darstellt. Es ist die "Achtung vor der Heiligkeit des menschlichen Lebens"⁴⁹, die uns die Euthanasie als Sterbehilfe ablehnen läßt, es ist der in jedem Menschenleben liegende "unvergleichliche Personenwert", der uns davor zurückschrecken läßt, das einzelne Menschenleben "als bloßes Quantum einer Gewinn- und Verlustrechnung" zu behandeln⁵⁰.

Nach der reinen Güterabwägungstheorie, wie sie das RG formuliert hat, wäre damit die zwangsweise Blutentnahme zur Rettung eines Menschenlebens gerechtfertigt. Dabei liegt jedoch ein wesentlicher Unterschied in der Ausgangssituation des vom RG entschiedenen Falles und der vorliegenden Problematik darin, daß sich dort die Notstandshandlung gegen die Leibesfrucht richtete, von welcher gerade die Gefahr für die Schwangere ausging, hier aber der Eingriff sich gegen das völlig unbeteiligte Rechtsgut eines Dritten richtet. Die reine Güterabwägungstheorie vermag nicht zu befriedigen, weil alleinige Abwägungskriterien die gegenüberstehenden Rechtsgüter sind und sie so gerade für diffizile Grenzfälle zu wenig differenziert ist.

5. Die Zwecktheorie

Diese - wie schon erwähnt - vom RG⁵¹ wegen "der Weite der Fassung" abgelehnte Theorie besagt, daß solche Eingriffe nicht rechtswidrig sind, welche sich als das angemessene (rechte) Mittel zur Erreichung eines rechtlich

49) Engisch, Euthanasie ..., S.40

50) Gallas, a.a.O. S.325

51) 61/242 (253)

(staatlich) anerkannten Zwecke darstellen. Der Satz vom "angemessenen Mittel zum richtigen Zweck" findet sich so schon bei v.Liszt⁵², wurde von Graf zu Dohna⁵³ als Prinzip der Rechtfertigungsgründe angenommen und später vor allem von Eb.Schmidt⁵⁴ für den übergesetzlichen Notstand weiter ausgeformt und gegen die Güterabwägungstheorie des RG ins Feld geführt. Vom Wesen des Rechts ausgehend, "als ein inhaltlich am Zweckgedanken der Kulturförderung orientiertes sinnvolles Normengefüge", betont er den Grundgedanken allen Rechts, "daß richtige Zwecke mit angemessenen Mitteln erstrebt und erreicht werden", und daß sich ein Rechtsergänzungsprinzip, wie es der übergesetzliche Notstand darstellt, an diesem Sinn zu orientieren habe⁵⁵.

Dieser richtige Ansatzpunkt der Zwecktheorie, der auch vom RG⁵⁶ nicht verkannt wurde, vermochte freilich nicht darüber hinwegzuhelfen, daß es an einer genaueren Ausgestaltung fehlte. Lenckner⁵⁷ hat den Satz vom "angemessenen Mittel zum richtigen Zweck" durch Auflösung in eine Reihe von Einzelsätzen näher präzisiert und damit der Zwecktheorie eine feste Form und Gestalt gegeben. Dabei zeigte sich, daß die Zwecktheorie selbst keinen Bewertungsmaßstab⁵⁸ für das Verhältnis Zweck - Mittel liefern kann und auch die Zwecktheorie auf die Güterabwägung, als Teil der Gesamtabwägung, selbstverständlich nicht verzichten kann. Es ergibt sich schließlich bei dem Vergleich mit den Interessenabwägungstheorie, daß bei richtiger Präzisierung und Fassung beider Theorien eine völlige Übereinstimmung im Ergebnis der Abwägung von Notstandsfällen im Einzelfall zu erzielen ist⁵⁹. Das macht deutlich, daß es nicht so

52) Als Prinzip der Abgrenzung der rechtmäßigen von der rechtswidrigen Handlung, a.a.O. S.140

53) a.a.O. S.48 und 54/55

54) ZStW 49/376

55) ZStW 49/376

56) a.a.O. S.251

57) Der rechtfertigende Notstand, S.70 ff.

58) Lenckner, a.a.O. S.86

59) Lenckner, a.a.O. S.128/129 und 133

sehr auf die Wahl der einen oder anderen der beiden Theorien ankommt, vielmehr darauf, daß die Abwägungskriterien möglichst umfassend ausgestaltet werden. Im folgenden soll daher anhand der "Interessenabwägungstheorie" - sie drückt die wesentlichen Bezugspunkte am klarsten aus - die Abwägung der Notstandssituation einer zwangsweisen Blutentnahme dargestellt werden.

6. Die Interessenabwägungstheorie

Neben die Namen der klassischen Notstandstheorien - Güterabwägungs- und Zwecktheorie - tritt neuerdings der Begriff der "Interessenabwägungstheorie"⁶⁰. So neu der Name dieser Theorie ist, so alt ist das von ihr vertretene Anliegen über einen Vergleich der kollidierenden Rechtsgüter hinaus die in der Notstandssituation betroffenen konkreten Interessen gegeneinander abzuwägen - "Prinzip des überwiegenden Interesses"⁶¹.

Danach ist die Notstandshandlung rechtmäßig, wenn die von ihr geschützten Interessen die durch die Tat verletzten überwiegen. Der entscheidende Vorzug dieses Prinzips gegenüber der vom RG formulierten Güterabwägung besteht darin, daß nicht das abstrakte Wertverhältnis der Rechtsgüter, sondern die konkrete Beeinträchtigung, die ihnen droht, d.h. das konkrete Wertverhältnis entscheidend ist. Damit werden alle für das Recht maßgeblichen Umstände, die den Konflikt "formulieren", in die Abwägung einbezogen. Diese bekommt ein umfassenderes Gepräge. Genauso wie bei der Rechtssetzung der Gesetzgeber die Weite der Norm an möglichst allen im Augenblick denkbaren Konfliktsfällen

60) So Baumann, Lb.AT S.322; Lenckner, a.a.O. S.51

61) Dieses vertrat schon Merkel in seiner Schrift "Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen", S.49 ff.

bestimmen und bei seiner Wertentscheidung alle erkennbaren Interessen abwägen soll⁶², muß eine Notstandsformel einen umfassenden Charakter haben. Das Rangverhältnis der betroffenen Rechtsgüter allein ist dafür ein zu formales Prinzip und kann bei der Interessenabwägung daher auch nur ein Kriterium - freilich eines der bedeutendsten - von mehreren sein. Ihrem Wesen nach stellt die Interessenabwägungstheorie kein anderes Grundprinzip dar, sie läßt sich vielmehr als eine differenzierte und verfeinerte Weiterentwicklung der Güterabwägungstheorie bezeichnen.

Ausgangspunkt der Abwägung ist nicht mehr das betroffene Rechtsgut in seinem abstrakten Wert, sondern der viel komplexere Begriff des Interesses⁶³. Diesem fällt bei der Abwägung eine doppelte Bedeutung zu, die sich in zwei voneinander trennbaren Stufen verdeutlichen läßt.

a) Abwägung der konkret betroffenen Interessen

Auf einer ersten Stufe bedeutet Interesse das konkrete Betroffensein des Rechtsgutes auf jeder Seite. Bezugspunkt bleibt damit das Rechtsgut, doch treten zu seiner näheren Bestimmung, d.h. des Betroffenseins im Einzelfall, der Umfang des auf beiden Seiten drohenden Schadens⁶⁴, Intensität und Umfang der Gefahr⁶⁵, der Grad der Wahrschein-

62) Englisch, Einführung ... S.182: "Überall bevorzugt das Recht gewisse Interessen vor anderen Interessen. Es entscheidet wirkliche oder mögliche Interessenkonflikte durch Interessenabwägung (Konfliktstheorie)".

63) Mit Recht betont Lenckner, a.a.O.S.125, daß auch Werte, wie die Würde der Person, der Rechtsfrieden usw. unter einen richtig verstandenen Interessenbegriff fallen; vgl. auch Englisch, Einführung ... S.181 .

64) Schönke-Schröder, Vorbem.53 vor § 51; Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S.100

65) Englisch, Euthanasie ... S.6; Schönke-Schröder a.a.O.; Gallas, Mezger-Festschrift S.325

lichkeit für den Erfolg der Rettungshandlung⁶⁶, eine besondere Verpflichtung des Rechtsgutinhabers zum Opfer⁶⁷, eventuell auch ein besonderes individuelles Interesse des Dritten an der Erhaltung gerade seines Rechtsgutes⁶⁸ und die eventuell schuldhaft e Herbeiführung der Notstandslage durch den Träger des betroffenen Rechtsgutes⁶⁹ hinzu.

Da hier jedoch nicht alle denkbaren Fallmodalitäten in Grenzsituationen durchgeprüft werden können, vielmehr nur die besondere Wesenheit des Problems herauskristallisiert werden soll - die freilich aus der jeweiligen Akzentlage des Einzelfalls eine Verschiebung nach der einen oder anderen Seite erfahren kann - interessieren besonders der Umfang des auf beiden Seiten drohenden Schadens und die Intensität und der Umfang der Gefahren. Unter Schaden soll der verhältnismäßig sicher zu erwartende, unter Gefahren sollen die möglicherweise eintretenden verstanden werden.

Für den Empfänger sind diese Momente relativ einfach konkretisiert, nachdem davon ausgegangen wurde, daß es sich um eine für ihn unmittelbar lebensbedrohende und mit Sicherheit nicht anders abwendbare Situation handelt.

Demgegenüber nimmt sich der Körperschaden, der den Spender sicher trifft, fast harmlos aus. Die Blutentnahme stellt generell einen geringfügigen Eingriff dar, der bei einer Entnahmemenge von ca.400 ccm "für den Gesunden sicher keine Belastung oder Schwächung bedeutet"⁷⁰. Doch darf nicht übersehen werden - und darauf liegt hier das Hauptgewicht -

66) Engisch, Euthanasie ... S.6; Schönke-Schröder a.a.O.

67) Lenckner a.a.O. S.101/102

68) vgl. Lenckner a.a.O. S.97/98;
dagegen Baumann, Lb.AT S.328

69) vgl. dazu Lenckner a.a.O. S.103 ff.

70) Reissigl a.a.O. S.25

daß eine ganze Reihe von Komplikationen möglich sind, wobei Faktoren wie Lebensalter, Gesundheits- bzw. Allgemeinzustand⁷¹ und Geschlecht eine Rolle spielen können. Als lokale Störungen an der Einstichstelle der Kanüle können u.a. vor allem Infektionen, Thrombosen und Hautausschläge auftreten. Bei der Direktübertragung des Blutes ist die Übertragung von Krankheiten des Empfängers auf den Spender möglich. Als wichtigste "allgemeine Störungen" mit einer Häufigkeit von etwa 2-3% kommen in Betracht: Übelkeit, Erbrechen, Kollaps, Muskelhypotonie, Tachycardie, Luftembolie und eine Hyperventilationstetanie. Schließlich ist auch das Wiederaufflackern früherer Erkrankungen beobachtet worden⁷². Diese Vielzahl möglicher Gefahren verleiht den Interessen des Spenders ein besonderes Gewicht.

Vergleicht man die Interessen des Empfängers mit denen des Spenders, nach diesen den Wert der Rechtsgüter konkretisierenden Faktoren, so fällt die Entscheidung zwar zugunsten des Lebens des Empfängers - als des höheren Interesses - aus, doch kann sich eine andere Bewertung dann ergeben, wenn dem "Spender" mit der Blutentnahme im Einzelfall erhebliche Gefahren drohen.

b) Abwägung und Wertung des Ergebnisses an Hand oberster Wertprinzipien

Wurde die erste Abwägung gestützt auf die Maßstäbe, die das Strafrecht selbst setzt, d.h. auf die Rechtsgüter, ihre abstrakte Bewertung, die im gesetzlichen Strafrahmen einen gewissen Ausdruck gefunden hat und ihre konkrete Bewertung, die sich aus der jeweiligen Notsituation im Zusammenspiel aller wertbestimmenden Faktoren ergibt, so ist nunmehr auf einer "höheren" Ebene dieses Ergebnis an den

71) Nach körperlichen Überanstrengungen, Alkohol- oder Nikotinabusus besteht erhöhte Kollapsbereitschaft, vgl. Reissigl a.a.O. S.29

72) Sämtliche Störungen zitiert nach Reissigl a.a.O. S.29

Wertmaßstäben und Wertungen zu messen, auf denen unsere Rechtsordnung beruht und die im Grundgesetz ihren Ausdruck gefunden haben. Denn "die Wertungen des Gesetzgebers lassen sich nicht isolieren. Sie müssen auf andere Wertungen bezogen werden, die hinter dem Gesetz stehen und das Recht prägen"⁷³."

Eine Interessenabwägung wäre unvollständig, würde sie diesen wesenhaften Hintergrund mit den ihn prägenden Ideen außer Acht lassen. Sie könnte zwar dort darauf verzichten, wo es nur um rein materielle Werte geht, nicht aber da, wo gerade höchstpersönliche Rechtsgüter sich einer rechnerischen Wertkalkulation weitgehend entziehen.

Es sind die Begriffe der Gerechtigkeit und des Rechtsfriedens, die Idee der sozialen Gemeinschaft, der Menschenwürde, der Achtung der Person, die auf einer höheren Ebene "den rechtlichen Ausleseprozeß"⁷⁴ bestimmen, aus dem die einzelne Rechtsnorm als Konfliktentscheidung des Gesetzgebers hervorgeht. Insbesondere sind es hier die Idee der "sozialen Gemeinschaft" auf der einen Seite und die "persönliche Menschenwürde"⁷⁵ auf der anderen Seite, die sich bei dem Problem des zwangsweisen Eingriffs als Wertprinzipien unserer Rechtsordnung gegenüberstellen. Sie lassen das Problem in der Frage gipfeln, wie weit ihre Bereiche zu ziehen und wie sie im Einzelfall gegeneinander abzugrenzen sind.

aa) Das Verhältnis von Menschenwürde und sozialer Gemeinschaft im Grundgesetz

Art.1 I GG statuiert die Unantastbarkeit der Menschenwürde und die Verpflichtung des Staates, sie zu achten und zu schützen. Gleichgültig, ob man in dieser Hauptnorm das

73) Engisch, Einführung ... S.188

74) vgl. Engisch, Einführung ... S.187

75) vgl. Gallas, Niederschr. 12.Fd. S.178

"materielle Hauptgrundrecht" der Verfassung und damit ein echtes subjektives öffentliches Recht sieht⁷⁶, oder ihr den Grundrechtscharakter nicht zuerkennt⁷⁷, so stellt sie jedenfalls "eine aktuelle Norm des objektiven Rechts"⁷⁸ dar. Geschützt ist mit ihr "jenes Kernrecht auf Achtung als Person"⁷⁹, die Menschenwürde ist dann verletzt, "wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel herabgewürdigt wird"⁸⁰.

Wie die Gesamtkonzeption des Grundgesetzes zeigt und insbesondere die Sozialstaatsentscheidung des Art.20 GG und die Gemeinwohlklausel in Art.2 I GG verdeutlichen, geht das Grundgesetz dabei aber nicht von einem schrankenlosen Individualismus aus, sondern es fordert einen "sozialbereiten Menschen" und statuiert eine "sozialgebundene Freiheit". Entscheidend ist die Erkenntnis, daß die Verwirklichung der Einzelpersönlichkeit nur in "innerlich begründeter" Bindung an die Gemeinschaft⁸¹ erfolgen kann und daß die Schutzpflicht des Staates dem einzelnen gegenüber dessen Bereitschaft voraussetzt, zu ihrer Verwirklichung beizutragen⁸². Nur in diesem Sinne kann daher die Feststellung des BayVerfGH verstanden werden, daß es die Würde des Menschen ausmacht, "Träger höchster geistiger sittlicher Werte zu sein, und einen Eigenwert zu verkörpern, der un-

76) So Nipperdey a.a.O. S.11

77) Dürig, JR 52/259

78) Dürig, JR 52/259

79) Coing, SJZ 47/644

80) Maunz-Dürig a.a.O. Art.1 I Randn.28

81) Dürig, JR 52/261

82) Maunz-Dürig a.a.O. Art.1 I Randn.48: "Bereits in Art.1 I wird also der Mensch auch als Pflichtsubjekt vorausgesetzt und davon ausgegangen, daß durch die Erfüllung gesetzlicher Pflichten der Mensch als solcher keine Einbuße in dem ihm zukommenden Wert und Achtungsanspruch erleidet, wenn dadurch der Staat überhaupt erst in die Lage versetzt wird, die menschliche Würde zu schützen".

verlierbar und jedem Anspruch der Gemeinschaft und Gesellschaft gegenüber eigenständig und unantastbar ist"⁸³.

Das hat auch das Bundesverfassungsgericht bei der Definition des im Grundgesetz zum Ausdruck gekommenen Verhältnisses "Individuum-Gemeinschaft" klargestellt: "Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum-Gemeinschaft i.S. der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person unterschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten"⁸⁴.

bb) Das Recht auf Freiheit und körperliche Unversehrtheit nach Art.2 II GG

Seine materielle Ausgestaltung hat Art.1 I GG in Art.2 I GG und seine weitere Konkretisierung in den im Grundrechtskatalog der Art.2 II ff.GG aufgezählten einzelnen Spezialgrundrechten erfahren, denen damit die eigentliche Aufgabe einer direkten Schutzwirkung zufällt⁸⁵.

Art.2 II S.1 GG garantiert das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Satz 2 die Unverletzlichkeit der Freiheit der Person. Diese Grundrechte stellen im Verhältnis zu Art.2 I GG Spezialfreiheitsrechte dar, nur sie und nicht Art.2 I oder 1 I GG sind daher anzuwenden, wenn sich ein Sachverhalt unter sie subsumieren läßt⁸⁶. Das aber gerade ist bei einer in Aussicht genommenen zwangsweisen Blut- oder Gewebeentnahme der Fall. Die vorangegangenen Erörterungen über das Verhältnis von Menschenwürde und so-

83) BayVerfGH n.F. Bd.2, Teil II S.91

84) BVerfG 4/7 (15,16)

85) Nipperdey a.a.O. S.15: "Art.1 I allein ist anzuwenden, wo die Persönlichkeit des Menschen angegriffen ist, ohne daß in der Verfassung eine weitere Konkretisierung in einzelnen Grundrechten stattgefunden hat".

86) Maunz-Dürig a.a.O. Art.2 II GG Randn.2

zialer Gemeinschaft bekommen jedoch hier insofern eine grundlegende Bedeutung, als bei der Auslegung der Spezialgrundrechte, also auch Art.2 II GG, der Wertgehalt des Art.1 I GG über die Substanzgarantie des Art.19 II GG als Wertmaßstab zu berücksichtigen ist⁸⁷. Ein nach dem generellen Gesetzesvorbehalt des Satz 3 des Art.2 II GG möglicher Eingriff in die Grundrechte auf Freiheit und körperliche Unversehrtheit darf also nicht den Wertgehalt des Art.1 I GG verletzen.

aaa) Eingriffe nur durch formelles Gesetz

Nach überwiegender Auffassung darf in die Grundrechte des Art.2 II GG nicht auf Grund Gewohnheitsrechtes eingegriffen werden⁸⁸. Damit scheiden die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum Übergesetzlich rechtfertigten Notstand, der "einen der markantesten Fälle der Bildung von Gewohnheitsrecht" darstellt⁸⁹, als Grundlage für einen Eingriff aus. Selbst wenn man aber mit Kern⁹⁰ und gegen die herrschende Auffassung eine Eingriffsmöglichkeit auf Grund bisherigen Gewohnheitsrechtes bejahen würde, so hat sich doch aus dem abstrakten Gewohnheitsrechtssatz des Übergesetzlichen Notstandes ein konkreter Gewohnheitsrechtssatz der Art, daß zur Rettung aus Lebensgefahr - also in dieser bestimmten Notstandssituation - Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit eines unbeteiligten Dritten möglich sind, nicht entwickelt. Bisheriges Gewohnheitsrecht liegt also gar nicht vor.

87) Maunz-Dürig a.a.O. Art.1 I Randn.13 u.45

88) vgl. etwa v.Mangoldt-Klein a.a.O. Art.2 Anm.VII 1; Maunz-Dürig a.a.O. Art.2 II Randn.6; Wernicke a.a.O. Art.2 Seite 5. A.A. Kern a.a.O. S.52 hinsichtlich bisherigen Gewohnheitsrechts; aber auch Kern verneint, freilich wohl aus anderen Gründen, ein Eingriffsrecht in die Rechtsgüter Leben und Gesundheit im Notstandsfall (a.a.O. S.59).

89) Maurach, Lb. AT S.278

90) a.a.O. S.52

bbb) Sachlich-inhaltliche Einschränkungen

Mit dem Recht auf körperliche Unversehrtheit sind zwar einerseits Eingriffe gegen den Willen des Betroffenen nicht schlechthin ausgeschlossen, doch ermächtigt andererseits Art.2 II Satz 3 GG auch nicht "unbegrenzt"⁹¹ zu Einschränkungen.

Im System der Schranken der Grundrechte⁹² gehört der Gesetzesvorbehalt des Art.2 II Satz 3 GG zu den "verfassungsmittelbaren Vorbehaltsschranken", d.h. den Schranken, die ihre Wirksamkeit nur mittelbar aus der Verfassung erhalten. Das Grundgesetz selbst gibt unmittelbar keine Auskunft, aus welchen Gründen und zu welchen Zwecken Einschränkungen möglich sind. Aus der Nichtübernahme einer - im Gegensatz dazu - sachlichen Regelung in Art.21 IV des Entwurfs von Herrenchiemsee in das Grundgesetz wird jedoch gefolgert, daß die dort genannten Gründe der öffentlichen Sicherheit, Sittlichkeit oder Gesundheit als nicht ausreichend für eine grundgesetzliche Regelung angesehen wurden und Einschränkungen auch aus anderen Gründen in Betracht kommen sollten⁹³. Einschränkungsmöglichkeiten des Rechts auf körperliche Unversehrtheit bestehen vor allem in den Gesetzen, die eine Zwangsbehandlung vorsehen, in der Straf- und Zivilprozeßordnung und im Strafgesetzbuch. Im Fall der Zwangsbehandlung - sie erfolgen aus Gründen der öffentlichen Gesundheit - lassen sich diese Einschränkungen vorwiegend als Ausfluß des Sozialstaatsprinzips charakterisieren⁹⁴, in den anderen Fällen ergehen sie zum Schutz der grundgesetzlichen Wertordnung und der

91) Hamann, Das Grundgesetz, Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis (2.Aufl.) Art.2 Anm.11

92) Vgl. dazu die ausführliche Darstellung bei v.Mangoldt-Klein a.a.O. I, Die Grundrechte, Vorb.B XV.

93) So v.Mangoldt-Klein a.a.O. I Die Grundrechte, Vorb. B XV

94) Vgl. Maunz-Dürig a.a.O. Art.2 II Randn.39

auf sie bezogenen Rechtsgüterordnungen⁹⁵ und sind Ausdruck der Schutzverpflichtung des Staates.

Daß der Staat bei der Erfüllung seiner Schutzpflichten auch die individuelle Notsituation des einzelnen berücksichtigen kann, zeigt sich im geltenden Recht beispielhaft an der Regelung des § 330c StGB. Die dort statuierte Hilfeleistungspflicht wird jedoch begrenzt durch das Merkmal der Zumutbarkeit der Hilfeleistung, wobei die Hilfeleistung insbesondere "ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten" möglich sein muß. Da die Zumutbarkeit aber wiederum nach den "herrschenden soziaethischen Wertvorstellungen"⁹⁶ zu beurteilen ist, wird hier die Parallele zum zwangsweisen Eingriff im übergesetzlichen Notstand deutlich, der das Kernrecht auf Achtung der Menschenwürde nicht verletzen darf.

Ist die Hilfeleistung nach § 330c StGB in Form der Blut- oder Gewebespende dem an und für sich Hilfspflichtigen nicht zumutbar, dann kann dieser auch nicht nach Notstandsgrundsätzen zur Duldung des Eingriffs gezwungen, und der zwangsweise Eingriff in die Körperintegrität nicht gerechtfertigt werden⁹⁷. Zu Recht hat Schröder daher das Merkmal der Zumutbarkeit aus § 330c StGB in den Güterabwägungsmaßstab beim übergesetzlichen Notstand einbezogen⁹⁸.

Zusammenfassend ergibt sich, daß eine zwangsweise Blutentnahme nur dann zumutbar wäre, wenn trotz aller Gemein-

95) Zum Verhältnis von strafrechtlicher Rechtsgüterordnung und grundgesetzlicher Wertordnung vgl. Sax a.a.O. S.910 f.

96) Gallas, JZ 52/397; vgl. auch BGHSt 11/135 (136) und Schönke-Schröder § 330c Randn.20

97) vgl. Schäfer, Niederschriften 12.Bd. S.179

98) SchwZSt 76/10 f. Dagegen Baumann, Lb.AT S.327. Der Entwurf 1962 versucht die "soziaethische Gesamtwertung" durch die Einbeziehung der Zwecktheorie in die Notstandsformel zu erfassen, vgl. § 39 I u. die aml. Begründung S.159/160. Für den Text ergibt sich die Ein-

schaftsbezogenheit des Individuums, der Eingriff in die Körperintegrität die Menschenwürde nicht verletzt. Sie ist aber verletzt, wenn der Mensch zu einem bloßen Mittel herabgewürdigt wird⁹⁹. Unter diesem Gesichtspunkt lehnt die ganz überwiegende Meinung im Schrifttum die Rechtfertigung einer zwangsweisen Blutentnahme im Notstandsfall ab¹⁰⁰. Auch der Entwurf 1962 vertritt diese Auffassung¹⁰¹ und in den Sitzungen der Großen Strafrechtskommission wurde sie wiederholt geäußert¹⁰². Es ist, wie Lenckner ganz richtig gesagt hat, vor allem "unser Rechtsempfinden", das dagegen "aufbegehren" muß, stellt man sich das Bild vor, wie der sich sträubende Dritte "von den Helfern des Arztes ergriffen"¹⁰³ gewalt- sam zur Duldung der Blutentnahme gezwungen wird¹⁰⁴. Neben die Verletzung der Würde der Person tritt hier die Störung des Rechtsfriedens hinzu.

beziehung schon aus dem weitgefaßten Interessenbegriff.

- 99) Maunz-Dürig a.a.O. Art.1 I Randn.28; auch Wintrich a.a.O. S.139
- 100) Vgl. v.Weber a.a.O. S.248; Gallas, Mezger-Festschrift S.325; Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S.151; Schröder, SchWZSt. 76/11; Mezger-Blei, StB I S.140. Ebenso Baumann, Lb.AT S.327, wenn es sich um einen von vielen möglichen Blutspendern handelt, anders, wenn es sich um den einzig möglichen handelt.
- 101) Vgl. die amtliche Begründung S.160
- 102) Vgl. Niederschriften 12.Band: Gallas, S.178; Dreher, S.178; Welzel S.178/179; Schäfer, S.179; vgl. aber auch die Mitteilung von Lackner ebenda S.179
- 103) Der rechtfertigende Notstand, S.151; das Ergebnis der Interessenabwägung muß die "Notwehrprobe" bestehen können.
- 104) Auf die bei einer zwangsweisen Blutentnahme möglichen - erheblichen - Schockgefahren, vor allem "bei latent vorgeschädigten Menschen", machte mich mein Bruder, wissenschaftlicher Assistent am Heidelberger Krebsforschungszentrum, aufmerksam.

Kann nach all diesen Erwägungen eine zwangsweise Blutentnahme rechtlich nicht gebilligt werden, so ist das noch weniger bei dem weit schwerwiegenderem Eingriff einer Gewebeentnahme möglich¹⁰⁵.

Es bleibt schließlich die Frage nach der Inanspruchnahme der Garanten. Wenn die Garantenstellung auch geeignet ist, den Abwägungsmaßstab zugunsten (unbetroffener) Dritter zu verändern, so wird doch die Hürde des Art.1 I GG auch hier wirksam, denn der in dieser Bestimmung verkörperte absolute Wert- und Achtungsanspruch verbietet jede Relativierung sowohl des Inhalts als auch des Schutzes der Menschenwürde.

105) Hier würde sich vor allem die fast unlösbare Frage stellen, wie die Grenzen der erlaubten Gewebeentnahme umfänglich zu ziehen sind.

IV. Die Schweigepflicht bezüglich des Spenders

Das LG Köln hat in einem Verfahren, in dem es um die Frage der Auskunftspflicht des behandelnden Arztes gegenüber einem Patienten ging, mit Urteil vom 10.4.1956¹ u.a. folgenden bemerkenswerten Grundsatz aufgestellt: "Wer sich, sei es entgeltlich oder unentgeltlich, als Blutspender zur Verfügung stellt, ist insoweit nicht Patient des die Blutentnahme durchführenden Arztes und hat daher bezüglich seiner Person keinen Geheimhaltungsanspruch". Und in den Urteilsgründen folgt der Satz: "Gegenüber den als Spendern der bei dem Kläger verwendeten Blutkonserven in Betracht kommenden Personen ist eine Schweigepflicht des Beklagten (scil. des Arztes) nicht gegeben".

Zu diesem Verfahren war es gekommen, nachdem der Patient (Kläger) im Anschluß an eine Bluttransfusion erblindete und der behandelnde Arzt auf die für die Vorbereitung eines Schadenersatzprozesses entscheidenden Fragen des Patienten, welche Blutgruppen man bei zwei bei ihm durchgeführten Untersuchungen festgestellt habe, welches die Spender der ihm übertragenen Blutkonserven gewesen und woher die Konserven beschafft worden seien, die Auskunft verweigert hatte. Das Gericht beruft sich in der Begründung seiner Entscheidung auf das in § 13 RAO² geschützte besondere Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient und stellt fest, daß der Blutspender nicht Patient sei und daher keinen Geheimhaltungsanspruch habe.

Ganz abgesehen einmal von der zu Unrecht für die Schweigepflicht herangezogenen Rechtsgrundlage des § 13 RAO³ veranlaßt dies zu der grundsätzlichen Frage, ob sich die Schweigepflicht nicht auch auf das Verhältnis Arzt - Nichtkranker

1) NJW 56/1112

2) Reichsärzteordnung v.13.12.35 RGBI I 1433

3) Nunmehr § 300 StGB

(Spender, Dritter) bezieht, ferner worauf sie sich bejahendenfalls erstreckt und wann eine gerade durch die besondere Situation der Verknüpfung zweier Eingriffe (Spendereingriff und Empfängereingriff) begründete "Be-fugnis" zur Offenbarung bejaht werden kann.

1. Der Zweck der ärztlichen Schweigepflicht und das von ihr geschützte Geheimnisverhältnis

Mit der Neufassung des § 300 StGB durch das 3.StAG vom 4.8.1953 (BGBl I S.735) wurde § 13 RAO, der bis dahin die ärztliche Schweigepflicht regelte, aufgehoben und die Gruppe der Heilberufe wieder in das StGB hineingenommen. Die ärztliche Schweigepflicht - ihre geschichtlichen Ursprünge liegen im griechischen Ärzteeid des Hippokrates und den noch älteren Vorschriften ärztlicher Standesethik der indischen Medizin⁴ - entspringt der im Wesen des Heilberufes begründeten Vertrauensstellung des Arztes und der hohen ethischen Auffassung der damit verbundenen Aufgaben⁵. Geschütztes Rechtsgut in § 300 StGB ist nach h.M. die Geheimisphäre des einzelnen⁶. Dahinter steht der Gedanke, daß bei einer Beeinträchtigung des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient die Volksgesundheit⁷ gefährdet werden könnte.

Wenn also auch der Ansatzpunkt für die Entwicklung der ärztlichen Schweigepflicht und ihre strafrechtliche "Bewehrung" sicherlich "die zentrale Idee des zu schützenden Vertrauensverhältnisses" war, so bedeutet dies doch nicht,

4) Vgl. Sauter a.a.O. S.2

5) Vgl. auch § 1 Bundesärzteordnung (BAO v.2.10.61 BGBl I S.1857) Abs.I: Der Arzt dient der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes.
Abs.II: Der ärztliche Beruf ist kein Gewerbe; er ist seiner Natur nach ein freier Beruf.

6) Vgl.statt vieler Maurach, Lb. BT S.162

7) Zu weitgehend Mittelbach a.a.O.S.566, der anscheinend auch die "Volksgesundheit" in das geschützte Rechtsgut einbeziehen möchte.

daß Voraussetzung für die Anwendung der Norm des § 300 StGB das tatsächliche Vorliegen eines solchen Vertrauensverhältnisses ist, oder daß nur ein Arzt - Patientenverhältnis in Betracht kommt. Das zeigen schon der Wortlaut des Gesetzes, sowie auch die Auffassung von Rechtsprechung und Lehre. Nach § 300 StGB wird wegen Bruch des Berufsgeheimnisses bestraft, "wer unbefugt ein fremdes Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Arzt ... anvertraut oder bekannt geworden ist". Neben dem Begriff des "Anvertrauens" steht der des "Bekanntgewordenseins", worunter jegliche Art der Kenntnisaufnahme des Arztes infolge seiner beruflichen Eigenschaft fällt, die ohne besondere Mitteilung, so z.B. durch bloße Untersuchung, erfolgt⁸. Das Gesetz stellt damit also nicht allein auf ein etwa freiwillig gewähltes Vertrauensverhältnis ab. Daher lassen sich unter § 300 StGB auch die Fälle subsumieren, in denen der Arzt dem Geheimnisträger als Amtsarzt oder Gerichtssachverständiger (z.B. wegen einer gerichtlich veranlaßten Untersuchung) gegenüber tritt⁹. Daß es sich hierbei nicht um Patienten, d.h. "Kranke" handeln muß¹⁰, ist selbstverständlich und wird vom Wortlaut des Gesetzes auch nicht gefordert. Als schutzwürdiges und von § 300 StGB auch geschütztes Geheimnisverhältnis ist vielmehr jedes Verhältnis des Arztes zu einer dritten Person anzusehen, das gerade durch Zuziehung des Arztes zur Vornahme ärztlicher Maßnahmen (auch einer Beratung) gekennzeichnet ist. Wenn das OLG Köln in dem oben erwähnten Urteil für die Anwendung des § 300 StGB bzw. § 13 RAO die doppelte Voraussetzung von Patienteneigenschaft und darauf beruhendem Ver-

8) Vgl. Schwarz-Dreher § 300 Anm.2 B b

9) Vgl. RGSt 61/384, bezogen auf Mitteilungen außerhalb des Prozesses

10) a.A. anscheinend Eb.Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S.32/33 u.34, der § 300 StGB auf das "Verhältnis eines Arztes zum hilfesuchenden Kranken" oder "ratbedürftigen Gesunden" beschränken möchte.

trauensverhältnis machte, so bedeutet dies eine nicht zu rechtfertigende Einschränkung des von § 300 StGB geschützten Geheimnisverhältnisses.

Auch wer sich im Interesse der Allgemeinheit¹¹ als Blutspender zur Verfügung stellt und sich dabei nicht nur einer eingehenden ärztlichen Untersuchung unterziehen muß, sondern auch eine eidesstattliche Erklärung über früher durchgemachte und etwaige augenblickliche Erkrankungen abgeben muß, muß darauf vertrauen dürfen, daß alles was der Arzt hierbei erfährt, geheimgehalten wird. Und wenn der Spender dabei auch nicht als "Patient" zum Arzt kommt, so ist doch auch hier der Fall gegeben, daß er sich aus freien Stücken dem Arzt anvertraut, sich in ein besonderes Vertrauensverhältnis zum Arzt begibt¹². Entsprechendes gilt grundsätzlich auch für die Spender sonstigen Gewebes, da hier sachlich keinerlei Unterschiede bestehen. Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß auch das Verhältnis des Arztes zum Blut- oder Gewebespender zu dem von § 300 StGB geschützten Geheimnisverhältnis zu zählen ist.

2. Begriff und Umfang des "fremden Geheimnisses"

Unter dem Begriff des "fremden Geheimnisses" ist jede Tatsache zu verstehen, die nur einem beschränkten Personenkreis bekannt ist und an deren Geheimhaltung der Geheimnisträger ein begründetes Interesse hat¹³. Während über die

11) Das ist auch dann der Fall, wenn es sich um eine entgeltliche Blut- oder Gewebespende handelt und kein altruistisches Motiv im Hintergrund steht. Im übrigen steht das Entgelt speziell für die Blutspende (ca. 30-40 DM für 400 ccm Blut) in keinem Verhältnis zum tatsächlichen Wert des entnommenen Blutes, sondern stellt nur einen sich aus Angebot und Nachfrage ergebenden "rechnerischen Marktwert" dar.

12) Nach Bohne-Sax a.a.O.S.948 soll ein Vertrauensverhältnis fehlen, wenn die in § 300 StGB genannten Personen "nicht unmittelbar im Interesse des Geheimnisträgers" tätig werden. Wie die Fallgestaltung jedoch zeigt, ist diese Auffassung zu eng.

13) In diesem Sinne Welzel, Lb.S.298; Maurach, Lb.RT S.162;

von dieser Begriffsbestimmung umschlossenen Merkmale der "relativen Unbekanntheit der Tatsache" - i.S. der "Nicht-offenkundigkeit"¹⁴ - und den "Geheimhaltungswillen" Einigkeit besteht, ist nicht unbestritten¹⁵, ob das Geheimhaltungsinteresse auch objektiv berechtigt sein muß¹⁶.

Nach der wohl richtigen herrschenden Meinung muß mit der Interessentheorie ein "berechtigtes Interesse"¹⁷, "rechtlich anzuerkennendes Interesse"¹⁸, oder "sachlich begründetes Interesse"¹⁹ an der Geheimhaltung i.S. einer objektiven Geheimhaltungswürdigkeit gegeben sein. Wenn damit festgestellt ist, daß nicht jede belanglose Tatsache ("Lappalie")²⁰ Tatobjekt des § 300 StGB sein kann, so bedeutet dies andererseits wiederum nicht, daß nur diskriminierende, ehrantastende oder sogar rufmordende Tatsachen und Verhältnisse der geschützten Geheimisphäre angehören. Das Interesse an der Geheimhaltung, das stets individualisierend vom Standpunkt der persönlichen Verhältnisse²¹ des Geheimnisträgers zu beurteilen ist, kann sehr vielfältiger Art sein. Dazu gehören alle Fakten und Merkmale, die den "kulturellen Persönlichkeitswert"²² des Menschen ausmachen, wobei das Interesse

Schönke-Schröder, § 300 Randn.5; Kohlrausch-Lange, § 300 Anm.V; Jagusch, LK II § 300 Anm.2

- 14) Auch was nur "gerüchteweise" bekannt ist und noch der Bestätigung bedarf, kann noch geheim sein, vgl. RGSt 38/65.
- 15) Vgl. dazu Maurach, Lb.BT S.162
- 16) Ablehnend z.B. Bohné-Sax a.a.O.S.944: "Nach natürlicher Auffassung ist Geheimnis eine Tatsache, die nur bestimmten Personen bekannt ist und nicht bekannt werden soll". Sie wollen den Geheimnisbegriff nicht mit dem Merkmal des "begründeten Interesses" belasten.
- 17) Welzel, Lb.S.298; Maurach, Lb.BT S.162/163
- 18) Jagusch, LK II § 300 Anm.2
- 19) Eb.Schmidt, Der Arzt im Strafrecht S.31
- 20) Vgl. die bei Eb.Schmidt, S.24, angeführten Beispiele
- 21) Diesen Gesichtspunkt betonen zu Recht Eb.Schmidt a.a.O. S.31; Maurach, Lb.BT S.162; Jagusch, LK II § 300 Anm.2
- 22) Eb.Schmidt a.a.O. S.24: es ist der "kulturelle Persönlichkeitswert", der in § 300 StGB, § 13 RAO seine Anerkennung findet.

auch der "Rücksicht auf Anstand und Sitte"²³ entspringen kann. Von dieser Basis aus sind alle Tatsachen zu würdigen, die der die Gewebeentnahme durchführende Arzt und seine Gehilfen entweder bei der Untersuchung selbst²⁴, oder durch die Mitteilung des Spenders erfahren.

Zunächst kommt hier schon das Grundverhältnis in Betracht, also die Tatsache der Blut- oder Gewebespende als solche, sowie - damit verbunden - der Name des Spenders. Braucht es sich bei dem Tatobjekt "Geheimnis" nicht um diskriminierende Tatsachen zu handeln, so ist es nur durchaus folgerichtig, daß allein schon die Tatsache "einer ärztlichen Behandlung" den Arzt zur Geheimhaltung über dessen Person verpflichten kann²⁵. Der natürliche Wunsch des Kranken an der Geheimhaltung seines Namens im Hinblick auf eine Heilbehandlung, sein Interesse, nicht als krank zu gelten und etwa bei einem Arzt bestimmter Fachrichtung in Behandlung zu stehen, sind als durchaus berechnigte Interessen im Sinne der oben gegebenen Begriffsbestimmung anzuerkennen.

Etwas anders liegen die Dinge freilich bei Blut- oder Gewebespenden. Er kommt nicht als "Kranker" zum Arzt, sondern fühlt sich gesund genug, mit seinem Blut oder Gewebe Kranken helfen zu können. Doch genügt dies in Verbindung mit der allgemein bekannten Tatsache, daß die überwiegende Zahl aller Spenden (so zumindest die Blutspenden) gegen Entgelt

23) RGSt 13/60 (62)

24) Nach einheitlicher Auffassung kommt es nicht darauf an, ob dem Geheimnisträger seine Geheimnisse schon bekannt sind; so genügt es z.B., daß sie der Arzt bei der Untersuchung erstmals feststellt, vgl. statt vieler Maurach, I.B.T S.167. Eb.Schmidt a.a.O. S.27 spricht in solchen Fällen sehr passend von einem "generellen Geheimhaltungswillen", der zu unterstellen ist, wenn es sich dabei um Tatsachen mit sachlichem Geheimhaltungsinteresse handelt.

25) So LG Köln NJW 59/1598 (zu §§ 53 I Ziff.3, 53a I StPO) und Schönke-Schröder, § 300 Randn.5 im Anschluß an diese Entscheidung.

erfolgen, um ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung anzuerkennen. Es ist ein berechtigtes Interesse, wenn man nicht gern bekannt werden läßt, daß man - möglicherweise in regelmäßigen zeitlichen Abständen - sein Blut "verkauft", selbst wenn darin kein sittlicher Makel zu erblicken ist. Aber auch wenn die Spende unentgeltlich erfolgt ist, daß sie gegen Entgelt erfolgt sein könnte, genügt, um ein Geheimhaltungsinteresse zu bejahen.

Schließlich ist hier noch ein Gesichtspunkt zu berücksichtigen, der, die ethische Bewertung der Blutspende betreffend, von Kant in seiner Ethik dahingehend formuliert wurde, daß der Mensch als autonome sittliche Person stets als Zweck an sich selbst existiert, niemals bloß als Mittel für andere betrachtet werden darf²⁶. Dieser Grundsatz, hier angewendet, würde in letzter Konsequenz bedeuten, daß "alle Bluttransfusionen ein Verbrechen gegen die Menschheit" wären, "weil der Mensch sich zum bloßen Mittel für einen anderen herabwürdigt"²⁷. Wenn Welzel auch festgestellt hat²⁸, daß eine solche Konsequenz²⁹ nicht den wahren Absichten Kants entspricht, so wird doch gerade auch dieser Satz Kants "vom Zweck an sich selbst" immer wieder zur Begründung für die Ablehnung der Rechtfertigung einer zwangsweisen Blutentnahme in Notstandsfällen herangezogen³⁰. Mag solche Feinsinnigkeit auch in der Regel nicht zur Begründung eines Geheimhaltungsinteresses direkt herangezogen werden, so kann sie doch den "unbewußten" Grund einer gefühlsmäßigen Ablehnung der Blut- oder Gewebespende darstellen. Auch insoweit läßt sich daher ein Geheimhaltungsinteresse als sachlich "begründet" bzw. "berechtigt" anerkennen.

26) Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S.63 ff.

27) Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, S.169

28) a.a.O. S.170

29) d.h. den empirischen Menschen als Endzweck zu betrachten, anstatt der autonomen sittlichen Person.

30) Welzel, Niederschriften Bd.12, S.178/179

Unter den Geheimnisbegriff fallen weiter die bei der Untersuchung des Spenders festgestellten oder vom Spender selbst mitgeteilten Blutgruppen, Blutfaktoren und sonstigen Gewebemerkmale. Sie gehören ganz wesentlich der Intimsphäre der Einzelpersonlichkeit an, da sie in vielfacher Beziehung für tatsächliche Verhältnisse ihres Trägers von Bedeutung sein können. Als Beispiele seien nur die Bedeutung des ABO und MN Blutgruppensystems für die Abstammung und die des Rh-Systems für die Möglichkeit von Fehlgeburten genannt.

Schließlich unterliegen der Geheimhaltung auch die festgestellten oder mitgeteilten Krankheiten des Spenders, was keiner weiteren Begründung bedarf, da dieser Tatsachenkomplex den Normalfall der "Geheimnisse" des § 300 StGB für den Bereich der Heilberufe bildet.

3. Der Kreis der Schweigepflichtigen und der Begriff der "beruflichen Kenntniserlangung"

Besondere Probleme wirft in diesem Zusammenhang auch die von § 300 StGB statuierte Voraussetzung auf, daß dem Arzt oder seinen Gehilfen das Geheimnis in ihrer "beruflichen Eigenschaft" anvertraut oder bekannt geworden sein muß. Erforderlich ist dafür eine innere Beziehung zwischen Geheimniserlangung und Berufstätigkeit³¹. Diese ist auch für den Arzt und seine Gehilfen gegeben, die zwar die Blut- oder Gewebeentnahme nicht selbst durchgeführt haben, aber das Blut oder Gewebe dem Empfänger übertragen³². Alles was sie bei dieser Gelegenheit vom Spender durch die Beschrif-

31) So Eb.Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S.31, zu § 13 RAO, dessen entsprechender Passus lautete: " ... das ihm bei Ausübung seines Berufs anvertraut oder zugänglich geworden ist".

32) Bei der Blutentnahme ist das Auseinanderfallen von blutentnehmendem und transfundierendem Arzt heute die Regel.

tung z.B. auf der Blutkonserve oder gesonderte Übermittlung erfahren, ist auch ihnen in "beruflicher Eigenschaft" bekannt geworden und nicht erst unter dem Gesichtspunkt "befugter Offenbarung" zu würdigen³³. Das soll am Beispiel der Blutspende verdeutlicht werden.

Die in der modernen Chirurgie erforderliche jederzeitige Bereitstellung von Blutkonserven der verschiedenen Blutgruppen in genügender Anzahl und die dadurch mitbedingte Notwendigkeit einer zeitlichen und räumlichen Trennung der Durchführung von Blutentnahme und Transfusion lassen beide Vorgänge rein äußerlich scharf getrennt erscheinen. Wesensmäßig müssen sie jedoch als eine Einheit betrachtet werden, in welcher Blutentnahme und Transfusion in arbeitsteiligem Zusammenwirken erfolgen. Hier wird die "berufliche Kenntniserlangung" offensichtlich. Man kann einfacher ausgedrückt auch sagen, daß die Blutspende in einer Zentrale wesensmäßig die Zuziehung des transfundierenden Arztes bedingt. Damit ist auch dieser in gleicher Weise zur Geheimhaltung verpflichtet.

"Eine Blutkonserve geht durch viele Hände". Deutlicher noch als bei vielen anderen ärztlichen Tätigkeiten wird hier offenbar, wie groß der Kreis der "übrigen Personen" ist, die mit den Geheimnissen des Spenders in Berührung kommen und sie erfahren können. Da anders der Schutz der Geheimsphäre nur sehr unvollständig wäre, sind u.a.³⁴ auch die "berufsmäßig tätigen Gehilfen" des Arztes in den Kreis der Schweigepflichtigen einbezogen, doch ist die Abgrenzung dieses Kreises gerade innerhalb eines grossen Krankenhausbetriebes oder einer Blutspendenzentrale

33) In diesem Sinne - wenn auch nicht für die speziell hier behandelte tatsächliche Problemstellung - auch Eb.Schmidt a.a.O. S.36, der von der Schweigepflicht "durch Anteilnahme an dem gleichen Vertrauensverhältnis" spricht.

34) Keine besonderen Probleme wirft hier die Gruppe der Personen auf, die zur Berufsvorbereitung an der berufsmäßigen Tätigkeit des Arztes teilnehmen, z.B. famulierende Medizinstudenten.

nicht einfach. Die Ansichten darüber, ob unter § 300 StGB auch das Verwaltungs- und Hilfspersonal der Krankenhäuser fällt, sind sehr verschieden³⁵, was vor allem mit der Auslegung des Begriffs der "berufsmäßig tätigen Gehilfen" zusammenhängt³⁶.

Daß darunter nicht nur jene Personen fallen, die unmittelbar mit Tätigkeiten der Heilbehandlung befaßt sind, ergibt sich schon daraus, daß nach allgemeiner Auffassung auch die Sekretärin oder der Buchhalter des Arztes von § 300 Abs.II S.1 StGB erfaßt werden³⁷, während andererseits Chauffeure und Putzfrauen nicht als Gehilfen angesehen werden³⁸. Entscheidend ist also, daß die Tätigkeit des Gehilfen, auch wenn sie keine technische Heilhilfstätigkeit darstellt, sich sachlich unmittelbar auf eine ärztliche Tätigkeit bezieht, und mit ihr notwendig eine Geheimnisberührung verbunden ist. Wenn also die Sekretärin und der Buchhalter des Arztes der Schweigepflicht unterliegen, dann muß das in gleicher Weise für das Verwaltungs- und Hilfspersonal eines Krankenhauses oder einer Blutspendezentrale gelten, das sachlich die gleichen Tätigkeiten ausübt, mit dem lediglich optischen Unterschied des viel größeren Rahmens und der vielleicht

35) Vgl. Niederschriften Band 9 S.205, 207, 213

36) Die im Schrifttum verwendeten Definitionen sind nicht sehr ergiebig, doch ist zuzugeben, daß eine allgemeine Begriffsbestimmung - ohne Erläuterung durch Beispiele - schwer zu finden ist. Die Hilfe muß "für den entsprechenden Beruf geleistet" werden (Maurach, Lb.PT S.166), "entscheidend ist die Tätigkeit im ärztlichen ... Berufskreis" (Schönke-Schröder, § 300 Randn.22), die Personen müssen "Gehilfen in der Berufsausübung sein" (Schwarz-Dreher, § 300 Anm.3 B b), "im Rahmen seiner Berufstätigkeit (erg.des Arztes) tätig" sein (Jagusch, LK II § 300 Anm.6). Am ergiebigsten erscheint noch die Definition bei Kohlrausch-Lange § 300 Anm.III 2 : "die berufliche Gehilfenschaft muß gerade die geheimnispflichtige Tätigkeit betreffen".

37) Vgl.Ebermayer a.a.O.S.59; Eb.Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S.15

38) Vgl. Maurach, Lb.PT S.166, allgemeine Meinung

weniger persönlichen Beziehung des Arztes zu seinen Gehilfen³⁹.

Die Auffassung, daß § 300 StGB in der jetzt geltenden Fassung das Verwaltungs- und Hilfspersonal der Krankenanstalten erfaßt, kam auch in den Beratungen der Großen Strafrechtskommission zum Ausdruck⁴⁰. § 185 I Ziff.5a Entwurf 1962, der die Bediensteten der Krankenanstalten ausdrücklich nennt, ist daher weniger als sachliche Änderung des geltenden Rechts zu betrachten, ihm ist vielmehr eine Klarstellungsfunktion zuzuschreiben⁴¹. So ergibt sich, daß auch das Verwaltungs- und Hilfspersonal einer Blutspendezentrale zu dem Kreis der von § 300 II StGB erfaßten schweigepflichtigen Personen gerechnet werden muß.

4. Die befugte Geheimnisoffenbarung

Zur Verdeutlichung des Problems, wie es sich gerade im Zusammenhang mit der Blutentnahme stellt, halte man sich folgende typische Situation vor Augen: Bei dem Empfänger des Blutes treten nach der Transfusion empfindliche Störungen und Krankheitsbilder auf, die sich darauf zurückführen lassen, daß ihm entweder gruppenunverträgliches Blut transfundiert, oder ihm mit dem Blut eine Krankheit des Spenders übertragen wurde. In einem solchen Fall hat der Empfänger doch ein erhebliches Interesse, zur Durchsetzung möglicherweise begründeter Schadensersatzansprü-

39) Mit Recht weisen Kleinewefers-Wilts a.a.O. S.431 darauf hin, daß es auf deren rechtliche Beziehungen zueinander, d.h. das Vorliegen oder Fehlen eines Vertragsverhältnisses nicht ankommen kann.

40) Vgl. Schwalm, Niederschriften Band 9 S.207

41) In diesem Sinne auch Kleinewefers-Wilts a.a.O. S.431

che gegen den Arzt⁴² oder den Blutspender, zu erfahren, wer der Spender des ihm übertragenen Blutes gewesen ist, welche Blutgruppen bei diesem (auch was für Krankheiten der Blutspender bei der Befragung angegeben hat) und welche bei der Untersuchung bei ihm festgestellt wurden. Soll sich der Arzt gegenüber diesen Fragen auf seine Schweigepflicht berufen dürfen oder hat er eine Befugnis zur Offenbarung⁴³, auch ohne Erlaubnis des Spenders?

Da eine - abgesehen von der Einwilligung des Geheimnisträgers - absolute Schweigepflicht dem Bedürfnis nach Offenbarung, d.h. eines Rechts zur Offenbarung, in vielen Fällen nicht gerecht werden würde, ist nur die "unbefugte Offenbarung"⁴⁴ unter Strafe gestellt. Wenn dieser Zusatz "unbefugt" nach h.M. auch nichts anderes als "rechtswidrig" bedeutet⁴⁵, so soll er doch zu "besonderer Sorgfalt"⁴⁶ bei Prüfung der Rechtswidrigkeit Veranlassung geben.

Wann eine Offenbarung aber nun befugt, d.h. rechtmäßig ist, und wo die Grenze zwischen befugter und unbefugter Offenbarung verläuft, ist seit jeher ziemlich bestritten⁴⁷. Die Problematik gründet in dem Wörtchen "unbefugt" und in den vielen, gerade bei der Schweigepflicht möglichen Interessenkonflikten⁴⁸ und gipfelt in der Frage, ob nur die

42) Vgl. die schon zitierte Entscheidung des OLG Köln, NJW 56/1112

43) Und damit eine sich aus § 242 BGB ergebende Auskunftspflicht, OLG Köln NJW 56/1112

44) Selbstverständlich ist auch eine absolute Schweigepflicht denkbar; diese soll sogar der Ausgangspunkt des Geheimnisschutzes gewesen sein, vgl. Jescheck, Niederschriften Band 9, S.225

45) Vgl. Schönke-Schröder, § 300 Randn.8 mit weiteren Nachweisen

46) Vgl. Maurach, Lb. BT S.167

47) Vgl. die Zusammenstellung der Auffassungen bei Sauter a.a.O. S.225 ff.

48) Vgl. Gallas, Niederschriften Band 9, S.231

allgemeinen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe zur Anwendung kommen, oder darüber hinaus auch die "Wahrnehmung berechtigter Interessen"⁴⁹ eine Befugnis zur Offenbarung gibt⁵⁰. Von entscheidender Bedeutung für diese Frage ist § 13 III RAO geworden, der einen besonderen Rechtfertigungsgrund für die Durchbrechung der Schweigepflicht brachte und auch heute noch die wesentliche Grundlage der Rechtfertigung der Geheimnisoffenbarung bildet⁵¹. Sein Wortlaut: "Der Täter ist straffrei, wenn er ein solches Geheimnis zur Erfüllung seiner Rechtspflicht oder sittlichen Pflicht oder sonst zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck offenbart und wenn das bedrohte Rechtsgut überwiegt".

Mit dieser Bestimmung, die eine Kombination des Grundsatzes der Güter- und Pflichtenabwägung mit der Zweckformel darstellte, hatte man - über die allgemein geltenden Rechtfertigungsgründe hinaus - einen neuen Rechtfertigungsgrund geschaffen. Wenn auch mit dem 3.StAG vom Jahre 1953 § 13 RAO formell seinem ganzen Umfang nach außer Kraft getreten ist⁵², so gilt doch § 13 III RAO seinem Grundgedanken nach weiter⁵³.

-
- 49) In Anlehnung an den Grundgedanken des § 193 StGB, der - in der hier interessierenden Alternative - als Unterfall des allgemeinen Güterabwägungsprinzips einen speziellen Rechtfertigungsgrund für den Bereich der Ehrverletzungen darstellt.
- 50) Im allgemeinen wird diese Frage bei der Behandlung des § 300 StGB nicht scharf genug unterschieden, was zu Mißverständnissen über den Charakter der Pflichtenollision führen kann, vgl. Maurach, Lb. AT. S.281; deutlich Gallas, Niederschriften Bd.9, S.231
- 51) Nach Ansicht Maurachs, Lb. BT S.168, hat § 13 III RAO heute "gewohnheitsrechtliche Geltung als Regulativ der "Befugtheit" der Geheimnisoffenbarung" und schafft einen besonderen Rechtfertigungsgrund. Dem ist zuzustimmen.
- 52) Der Grund ist nicht darin zu suchen, daß man nicht an dem Prinzip festhalten wollte, sondern man glaubte, eine allen Bedürfnissen gerecht werdende Formel nicht finden zu können und wollte die Lösung der Rechtsprechung überlassen, vgl. Dreher, Niederschriften Bd.9, S.226.

Das zeigt sich deutlich auch in den Formulierungen im Schrifttum. Danach ist die Offenbarung befugt, wenn sie zur "Erfüllung einer Rechtspflicht zum Schutz eines höherwertigen Rechtsgutes oder zur Wahrnehmung eigener erheblicher Interessen"⁵⁴, als "Ergebnis eines richtig gewürdigten Interessen- oder Pflichtenwiderstreits"⁵⁵, als "angemessenes Mittel zu berechtigtem Zweck"⁵⁶ oder im "überwiegenden Interesse"⁵⁷ erfolgt. Auch im Entwurf 1962⁵⁸ ist mit § 186a, "Wahrnehmung berechtigter Interessen", ein spezieller Rechtfertigungsgrund⁵⁹ für den Bruch von Privatgeheimnissen (§ 185 E 1962) geschaffen worden. Es kann somit davon ausgegangen werden, daß die Offenbarung jedenfalls immer dann befugt ist, wenn sie als "angemessenes Mittel zu berechtigtem Zweck" erfolgt und "überwiegende Interessen" wahr⁶⁰.

53) So auch Mezger-Blei, StB II S.124

54) Schöнке-Schröder, § 300 Randn.10

55) Jagusch in LK II § 300 Anm.5: "d.h. wenn Interessen oder Pflichten zur Offenbarung drängen, die dem Geheimnisinteresse des Berechtigten vorgehen oder mindestens gleichstehen".

56) Welzel, Lb.S.299

57) Kohlrausch-Lange, § 300 Anm.IV

58) Nicht dagegen im Entwurf 1960, wo man der amtlichen Begründung S.306 zufolge die allgemeinen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe für ausreichend hielt.

59) Der Entwurf nimmt allerdings zu der Frage, ob es sich bei § 186a um einen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund handelt, nicht direkt Stellung.

60) Diese Formel, die Interessenabwägungsprinzip und Zweckklausel verknüpft, entspricht § 13 III RAO in seiner 3.Alternative. Interessant ist der Gedanke von Woerner, NJW 57/694, der § 13 III RAO für prinzipiell zutreffend erachtet, ihn aber dahingehend ergänzt sehen möchte, "daß es gerade das berufliche Anliegen des offenbarenden Arztes sein muß, das höherwertige öffentliche Interesse zu wahren oder die höherwertige sittliche Pflicht zu erfüllen". Dennoch wäre damit nichts i.S. einer Einschränkung gewonnen, da der Begriff "beruflich", wie sich schon bei der Abgrenzung des Kreises der "berufsmäßig tätigen Gehilfen" gezeigt hat, sehr umfassend verstanden werden kann.

(Unterstreichung vom Verfasser)

Die Offenbarung der den Blutspender betreffenden Geheimnisse an den Empfänger dieses Blutes, der infolge der Bluttransfusion körperliche Schäden erlitten hat, ist als ein angemessenes Mittel zu berechtigtem Zweck anzusehen. Der berechtigte Zweck i.S. seiner "Richtigkeit und Vernünftigkeit" ergibt sich aus dem von der Rechtsordnung eingeräumten Anspruch, Ersatz für einen erlittenen Körperschaden von demjenigen verlangen zu können, der diesen Schaden schuldhaft verursacht hat (§ 823 I BGB). Zur Realisierung dieses Zweckes tritt die Geheimnisoffenbarung durch den Arzt auch als ein erforderliches und vernünftiges, d.h. angemessenes Mittel hinzu, denn sonst hätte der Empfänger der Transfusion nicht die Möglichkeit, seine Schadensersatzansprüche sachlich und rechtlich prüfen und durchsetzen zu können. Vergleicht man das Interesse des Spenders an der Geheimhaltung seiner Geheimnisse und das des Empfängers, Ersatz für den erlittenen Schaden zu erlangen, so ergibt sich auch, daß das Interesse des Empfängers überwiegt, obwohl es sich auf seiner Seite nur um Vermögensinteressen handelt.

Fragt man, welches Interesse "in der konkreten Lebenssituation den größeren Schutz verdient"⁶¹, so zögert man nicht, diesen den Interessen des geschädigten Empfängers zuzusprechen. Hierbei spielt die sich gerade aus dem Wesen der Blutübertragung ergebende Überlegung eine Rolle, daß der Spender ja nicht um seiner selbst willen, sondern (objektiv) auch im Gesundheitsinteresse eines anderen spendet. Hat nun die Blutspende nicht den gewünschten Erfolg, bringt sie vielmehr für den Empfänger erhebliche körperliche Nachteile mit sich, so muß es sich der Spender im Interesse der Aufklärung und Schadensregulierung gefallen lassen, daß der Empfänger seine - des Spenders - Geheimnisse erfährt. Dies muß auch dann gelten, wenn etwa

61) Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S.96, für die Interessenabwägung beim Notstand

der Spender eine früher durchgemachte Erkrankung trotz Befragens nicht angibt, und der Empfänger dadurch einen Schaden erleidet. Auch hier ist sein Interesse, die Person des Spenders zu erfahren, gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse des Spenders als überwiegend anzusehen.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß der Arzt, der in solchen Fällen ein Geheimnis des Spenders offenbart, nicht unbefugt handelt, weil ihm ein spezieller Rechtfertigungsgrund die Offenbarung gestattet.

V. Die strafrechtliche Haftung des Blutspenders

1. Die Strafbarkeit des Blutspenders nach § 7 IV,V des Geschlechtskrankheitengesetzes

Die gegenüber dem Reichsgesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 18.2.1927 (RGBl I S.61) neue - und fortschrittliche - Bestimmung des § 7 Abs.IV des Bundesgesetzes hat eine durch die Zunahme des Bluttransfusionswesens entstandene Lücke im Bereich der Gefährdungsdelikte geschlossen. Sie lautet: "Wer an einer Geschlechtskrankheit leidet oder zu irgend einer Zeit an Syphilis gelitten hat, darf kein Blut spenden". Abs.V dieser Bestimmung stellt den Verstoß gegen das "Blutspendeverbot" unter Strafe: "Wer gegen die Vorschriften der Absätze 1 bis 4 verstößt, obwohl er die Erkrankung kennt, oder den Umständen nach kennen muß, wird mit Gefängnis bis zu 1 Jahr und mit Geldstrafe oder mit einer dieser Strafen bestraft, soweit nicht in anderen Vorschriften eine schwerere Strafe angedroht ist".

Es handelt sich bei § 7 IV/V, wie der Tatbestandsaufbau zeigt, um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, d.h. es kommt nicht darauf an, daß im Einzelfall tatsächlich eine Gefährdung eintritt, diese wird vielmehr gesetzlich vermutet². Die Tatbestandshandlung "Blutspenden" erfaßt die Entnahme des Blutes sowohl zur unmittelbaren Übertragung (Frischblutübertragung), als auch zum Zweck der Konservierung³, wobei es gleichgültig ist, ob Konservenblut hergestellt oder (nur) Blutplasma gewonnen werden soll.

Der Unterschied der Übertragungsart wird aber bedeutsam

1) "Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten" vom 23.Juli 1953, BGBl I S.700

2) Dazu allgemein Schönke-Schröder, Vorbem.148 vor § 1

3) Entscheidend ist nur die Gewinnung des Blutes zum Zweck der Übertragung in irgendeiner Form auf einen Empfänger.

bei der Frage, ob nur ein strafloser Versuch vorliegt oder die Tat vollendet ist. Da die Tathandlung "Blutspenden" schon selbst den vollen Tatbestand erfüllt, ohne daß es auf irgend einen Erfolg ankommt, muß sie an sich beendet sein, um eine vollendete Tat annehmen zu können⁴. Eine Vorverlegung des Vollendungszeitpunktes ist nur dann möglich, wenn der bereits "vorliegende Teil für sich allein schon ausreicht"⁵, den Unrechtsgehalt der Tat auszuschöpfen. Das ist aber bei der Frischblutübertragung schon mit dem Beginn der Blutentnahme als gegeben anzunehmen, da hier durch die unmittelbare Weiterleitung an den Empfänger dessen gegenwärtige Gefährdung vermutet wird.

Eine andere Betrachtung greift bei der Entnahme zur Konservenblutherstellung Platz, da mit dem Beginn der Entnahme noch keine zur Weiterübertragung geeignete und verwendungsfähige "Blutspende" vorliegt.

Hier ist Vollendung der Tat erst dann anzunehmen, wenn die Blutspende einen derartigen Umfang erreicht hat, daß man von einer verwendungsfähigen Konserve sprechen kann. Das wird in der Regel dann der Fall sein, wenn die Konserve wie vorgesehen gefüllt ist, oder sie in Ermangelung einer solchen Füllung trotzdem verwendbar ist.

Täter kann nur der Geschlechtskranke sein, der an einer der in § 1 Ziff. 1 bis 4 des Geschlechtskrankheitengesetzes aufgezählten Geschlechtskrankheiten leidet, oder wer zu irgendeiner Zeit an Syphilis gelitten hat. Der Syphilitiker wird damit für immer vom Blutspenden ausgeschlossen, der sonstige Geschlechtskranke nur so lange, als er an der Geschlechtskrankheit noch leidet⁶.

4) Vgl. Jagusch, LK I § 43 Anm. II 1 e aa; vgl. zur Abgrenzung von Vollendung und Versuch bei Gefährdungsdelikten auch Baumann, Lb. AT S. 479

5) Jagusch, LK I § 43 Anm. II 1 e aa.

6) Wie sich aus der Gegenüberstellung mit § 6 I des Gesetzes ergibt, kommt es nicht darauf an, ob die Geschlechtskrankheit noch übertragbar ist.

Nur die vorsätzliche Tatbegehung ist unter Strafe gestellt. Es genügt das Wissen des Täters, an einer "Geschlechtskrankheit" zu leiden; die richtige Subsumtion unter eine der in § 1 aufgezählten Krankheiten ist nicht erforderlich⁷. Ausreichend ist aber auch schon, daß der Täter die Erkrankung "den Umständen nach kennen muß", § 7 V Geschlechtskrankheitengesetz. Bei der Gleichstellung des "Kennenmüssens" mit dem "Kennen" handelt es sich um eine gesetzliche Beweisregel⁸ ähnlich der in § 259 StGB; es genügt, daß der Täter Umstände kennt⁹, die ihm die Überzeugung von der Erkrankung aufdrängen mußten.

Die Vorschrift des § 7 IV/V Geschlechtskrankheitengesetz ist gegenüber den Körperverletzungsdelikten § 223 und § 230 StGB¹⁰ subsidiär, kommt aber zur Anwendung, wenn wegen Fehlens des Strafantrags aus diesen Delikten nicht bestraft werden kann.

2. Strafbarkeit wegen Körperverletzung

Wird durch die Blutübertragung eine Krankheit des Spenders auf den Empfänger übertragen, so stellt sich neben der Frage der strafrechtlichen Haftung des Arztes auch die nach der Strafbarkeit des Spenders. Dabei muß vorausgesetzt werden, daß die Übertragung des Blutes und die Krankheit des Spenders ursächlich für die beim Empfänger eingetretene Körperverletzung waren.

7) Vgl. Erbs, Strafrechtliche Nebengesetze, Bd.1 (G 58) § 7 Anm.5 und § 6 Anm.2 G.

8) Vgl. KG DJZ 29/1348 zu § 5 des erwähnten Reichsgesetzes mit einer entsprechenden Klausel

9) und diese ihm nachgewiesen werden.

10) Diese beiden Bestimmungen drohen die schwerere Strafe - Gefängnis bis zu 3 Jahren - an.

a) Vorsätzliche Körperverletzung in Form des dolus eventualis¹¹

Erforderlich ist zunächst, daß der Spender weiß¹², daß er an einer übertragbaren Krankheit leidet. Rechnet er mit der Möglichkeit der Übertragung dieser Krankheit auf den Empfänger¹³ (d.h. Vorstellung des Körperverletzungserfolges als möglich) und billigt¹⁴ er den Erfolg für den Fall seines Eintretens, so macht er sich einer vorsätzlichen Körperverletzung strafbar.

b) Fahrlässige Körperverletzung in Form der luxuria

Rechnet der Spender mit der Möglichkeit der Krankheitsübertragung auf den Empfänger¹⁵, hofft er aber, daß diese nicht eintreten werde¹⁶ und hätte er - deshalb - die Spende unterlassen, wenn er mit Bestimmtheit gewußt hätte, daß sie eine Gesundheitsbeschädigung des Empfängers zur Folge haben würde, so handelt er bewußt fahrlässig.

-
- 11) Abgesehen davon, daß Vorsatz in Form des dolus directus kaum vorkommen dürfte, interessiert hier die Abgrenzung des bedingten Vorsatzes von der bewußten Fahrlässigkeit.
- 12) Das "Kennenmüssen" kann in diesem Fall - anders als bei § 7 IV/V des Geschlechtskrankheitengesetzes - dem Kennen nicht gleichgestellt werden.
- 13) Indizierende Bedeutung dafür kommt einer bei der Spende durchgeführten Befragung nach übertragbaren Krankheiten zu.
- 14) Welchen Intensitätsgrad das voluntative Moment beim dolus eventualis erreichen muß - insbesondere ob schon ein "Inkaufnehmen" genügt - ist äußerst umstritten; vgl. dazu und zu den verschiedenen Theorien Schönke-Schröder, § 59 Randn. 56 ff. Die Rechtsprechung des BGH ist nicht einheitlich; gegen BGHSt 7/363 (369/370), der die Billigung eines "an sich unerwünschten" Erfolges für ausreichend hielt, Engisch, NJW 55/1688 in Anm. zu diesem Urteil.
- 15) Das kann er nur, wenn er auch hier weiß, daß er an einer übertragbaren Krankheit leidet, vgl. Anm. 12
- 16) z.B. weil er annimmt, daß bei Untersuchung des Blutes die Krankheit festgestellt und das Blut deshalb nicht verwendet werde.

c) Fahrlässige Körperverletzung in Form der negligentia

Diese ist im Unterschied zur "luxuria" dadurch gekennzeichnet, daß der Täter die Möglichkeit des Eintritts des tatbestandsmäßigen Erfolges gerade nicht vorausgesehen hat, obwohl er sie "bei Anwendung der pflichtgemäßen Sorgfalt"¹⁷ hätte erkennen können¹⁸. Hierzu zählen vor allem die Fälle, in denen der Spender zwar nicht weiß, daß er an einer übertragbaren Krankheit leidet, aber es auf Grund bestimmter äußerer Anzeichen oder anderer Anhaltspunkte bei objektiv gebotener Sorgfalt hätte wissen müssen.

Gibt der Spender bei der Spende an, daß er an einer übertragbaren Krankheit leidet, wird das Blut aber dennoch abgenommen, dann hat er nicht die objektiv gebotene Sorgfalt verletzt, so daß insoweit Fahrlässigkeit ausgeschlossen ist.

17) Vgl. RGSt 56/343 (349)

18) Vgl. Anm.13, S.80

VI. Der ärztliche Kunstfehler, insbesondere im Hinblick auf die Bluttransfusion

Die Frage der strafrechtlichen Haftung des Arztes für die Delikte der fahrlässigen Körperverletzung und Tötung ist untrennbar verbunden mit dem Begriff des ärztlichen Kunstfehlers und dem damit zusammenhängenden Problem der Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Arzt und Gehilfen als Folge notwendig bestehender Arbeitsteilung und weitgehender Spezialisierung.

Der negative Ausgang eines Eingriffs bzw. einer Operation vermag für sich gesehen noch keinerlei Aufschluß darüber zu geben, ob der Arzt für die eingetretenen Folgen strafrechtlich verantwortlich zu machen ist. Erst wenn feststeht, daß irgendein fehlerhaftes Handeln des Arztes ursächlich für die Körperverletzung oder Tötung war, taucht die Frage des Verschuldens auf. Im folgenden wird entsprechend der Zielsetzung der Arbeit, diese Vorfrage des Verschuldens untersucht. Dabei lassen sich die vorkommenden Kunstfehler systematisch einteilen in solche, die eine Verletzung primärer Sorgfaltspflichten und solche, die eine Verletzung sekundärer, durch die Arbeitsteilung bedingter Sorgfaltspflichten darstellen¹.

1. Der ärztliche Kunstfehler im Sinne der Verletzung primärer Sorgfaltspflichten

a) Objektiver Fehlerbegriff

Ein Kunstfehler ist "jeder dem Arzt in der Arbeit am Kranken unterlaufende Fehler"², er ist zugleich "die objektive Voraussetzung des Verschuldens"³. Damit soll einmal gesagt

1) Vgl. Stratenwerth, Arbeitsteilung ... S.390 ff.

2) So die Definition von Eb.Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S.138. Vorliegend ist allerdings eine Erweiterung dieses Begriffes auch auf "die Arbeit am Gesunden", dem Spender, geboten.

3) Engisch, Die rechtliche Bedeutung ..., S.1539

sein, daß es sich bei dem Begriff um eine rein medizinische Frage und Beurteilung⁴, nämlich die des medizinisch-sachlich Richtigen bzw. Falschen handelt und zum anderen, daß es ein objektiv zu verstehender Begriff ist, der nicht mit der weiteren und erst später einsetzenden Frage des Verschuldens, d.h. mit der strafrechtlichen Haftung für diesen Kunstfehler verquickt werden darf. Wenn auch über den Begriff des Kunstfehlers keine Einmütigkeit herrscht⁵, so ist es doch im Interesse einer klaren Abgrenzung medizinischer von juristischen Fragen zweckmäßig, an diesem objektiven und jeden ärztlichen Fehler umfassenden Begriff festzuhalten und das medizinische Werturteil⁶ darüber entscheiden zu lassen, wann tatsächlich ein Kunstfehler vorliegt.

Ausgangspunkt bei dieser Beurteilung kann immer nur die konkrete Situation sein⁷, in der der Eingriff vorgenommen wurde (bzw. werden mußte), d.h. es ist zu fragen, ob gerade in der gegeben gewesenen Situation mit all ihren positiven Möglichkeiten einerseits, aber auch ihren Beschränkungen andererseits die Maßnahme medizinisch richtig bzw. falsch war. Nur bei einer solchen konkretisierenden und individualisierenden Betrachtungsweise kann der Begriff des Kunstfehlers eine sinnvolle Rolle im Aufbau des fahrlässigen Delikts, und zwar bei der Prüfung der "objektiv erforderlichen Sorgfalt" spielen. Der Kunstfehler ist die Folge eines Sorgfaltsmangels, er bedeutet Außerachtlassung der

4) Daran ändert sich auch dadurch nichts, daß bei unterschiedlichen medizinischen Auffassungen das Recht gewisse Kriterien und Richtlinien aufstellen muß, nach welchen Gesichtspunkten der (medizinische) Streit zu entscheiden ist.

5) Vgl. die Darlegung anderer Auffassungen und die Auseinandersetzung mit ihnen bei Eb.Schmidt a.a.O. S.137/138 und Engisch a.a.O. S.1539

6) Vgl. Engisch, Irrtümer ..., S.432

7) Vgl. Engisch, Die rechtliche Bedeutung ..., S.1539

objektiv erforderlichen Sorgfalt⁸, wobei als Sorgfalt das zu gelten hat, "was jemand als Mittel zur Vermeidung drohender Tatbestandsverwirklichungen den konkreten Verhältnissen entsprechend anzuwenden verpflichtet ist"⁹. Jeder ärztliche Fehler, gleich ob am Kranken oder am Gesunden, oder auch schon bei der Vorbereitung¹⁰ eines Eingriffs unterlaufend, soll von diesem Begriff umfaßt sein, die fehlerhafte "Behandlung" des Spenders in gleicher Weise, wie die Fehler bei der Untersuchung und Konservierung des Blutes (oder Gewebes). Aber nicht nur alle tatsächlich ergriffenen, sondern auch die medizinisch dringend gebotenen aber unterlassenen Maßnahmen unterfallen dem Begriff, wie etwa eine unbedingt indizierte Bluttransfusion oder eine erforderliche Blutgruppenuntersuchungsmethode.

Insbesondere mit dem letztgenannten Beispiel wird die weitere Frage angeschnitten, welcher Beurteilungsmaßstab anzulegen ist, wenn die medizinische Wissenschaft auf die Frage nach der "Richtigkeit" keine einheitliche Antwort zu geben vermag, z.B. wenn verschiedene Auffassungen über die Notwendigkeit der Anwendung einer Maßnahme bestehen, oder wenn es zwar anerkannte Regeln gibt, aber daneben auch abweichende Auffassungen vertreten werden. In ständiger Rechtsprechung hat sich der BGH¹¹ folgendem schon vom BG¹² ver-

8) Anders jedoch Englisch, Irrtümer ..., S.436, der den Begriff des Kunstfehlers nicht mit der Außerachtlassung der objektiv erforderlichen Sorgfalt identifiziert, sondern in diese noch die "soziale Norm des ärztlichen Handelns" (Kostenfrage und Kräftehaushalt des Arztes) einbezieht.

9) Englisch, Untersuchungen ..., S.327

10) Vgl. Englisch, Die rechtliche Bedeutung ..., S.1538/1539

11) BGH, LM Nr.6 zu § 230 StGB; NJW 60/2253 und 62/1780

12) RGSt 64/273; 67/12; 74/60

tretenen Standpunkt angeschlossen: "Der Arzt ist nicht verpflichtet, das als das wirksamste geltende Mittel auch dann anzuwenden, wenn seine auf sachliche Gründe gestützte persönliche Überzeugung mit der überwiegenden Meinung nicht übereinstimmt (RGSt 64/263,270). Erkennt er aber oder muß er erkennen, daß seine Heilmethode in einem bestimmten Fall nicht ausreicht oder Schiffbruch erleidet, so muß er, namentlich bei gefährlichen Krankheiten, wenn für deren Behandlung noch ein anderes, weit verbreitetes und erprobtes Verfahren in Frage kommt, entweder dieses anwenden (RGSt 74/60,61; RG JW 37/3087) oder die Behandlung aufgeben ...".

Was hier für die Wahl der Behandlungsmethode bzw. des Heilmittels gesagt ist, kann entsprechend angewendet werden auf alle anderen ärztlichen Maßnahmen oder Techniken, soweit hinsichtlich ihrer Wirksamkeit unterschiedliche Auffassungen bestehen und mit ihnen besondere Vor- oder Nachteile für den Patienten verbunden sein können.

b) Die "Richtlinien" bei der Bluttransfusion

Eine Sonderstellung nimmt die Bluttransfusion insofern ein, als die bei ihr anzuwendenden anerkannten Regeln amtlich fixiert sind. Schon 1940 hatte der Reichsminister des Inneren "Richtlinien für die Einrichtung des Blutspendewesens im Deutschen Reich" herausgegeben - einzelne Bundesländer haben nach dem Krieg neue Richtlinien erlassen, die nunmehr durch die vom Bundesgesundheitsamt herausgegebenen "Richtlinien für die Bluttransfusion"¹³ (und die "Richtlinien

13) Bundesgesundheitsblatt 1961, S.242 im folgenden als amtliche Richtlinien bezeichnet. Sie wurden gemeinsam mit der "Deutschen Gesellschaft für Bluttransfusion" erarbeitet. Diese hatte schon vorher in 2 Auflagen (2.Aufl. 1961) "Richtlinien für die Einrichtung des Blutspendewesens" herausgegeben, die bis zum Zeitpunkt des Erlasses der amtlichen Richtlinien als maßgeblich anzusehen waren, nachdem die Richtlinien des Reichsinnenministers vom 5.3.1940 nach dem Krieg sachlich schon wieder überholt waren, vgl. Pürckhauer, a.a.O. I/308.

zur Organisation des Bluttransfusionswesens" ¹⁴) ersetzt worden sind ¹⁵. Wenn es sich bei ihnen auch nicht um Rechtsvorschriften handelt, sondern nur um die Aufstellung wichtiger Grundsätze "bei der Vorbereitung und Vor-
nahme der Transfusion" ¹⁶, so sind sie doch, zumal sie nur "Mindestanforderungen" und nicht "optimale Bedingungen" enthalten ¹⁷, als verbindlich für die Ärzte anzusehen, deren Nichteinhaltung in der Regel - einen tatbestandsmäßigen Erfolg vorausgesetzt - den Vorwurf des Kunstfehlers nach sich ziehen wird ¹⁸.

Als ausgesprochene Spenderschutzvorschriften sind die Abschnitte II 1,2,3,4 und IV 1,2 der amtlichen Richtlinien ¹⁹

-
- 14) Bundesgesundheitsblatt 1962/3, 28 u.43, herausgegeben von der deutschen Gesellschaft für Bluttransfusion.
- 15) Daneben kommt außerdem das "Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln" (Arzneimittelgesetz) vom 16. Mai 61, BGBl. I S.533 zur Anwendung, das Blut und seine Bestandteile zu Arzneimitteln erklärt § 1 I, § 2 und Vorschriften über die Anforderungen, Herstellung, Abgabe und Überwachung, sowie Straf- und Bußgeldvorschriften enthält.
- 16) Vgl. I "Einleitung" der 2. Auflage der "Richtlinien..." der Deutschen Gesellschaft für Bluttransfusion. Diese Richtlinien stimmen sachlich mit den nunmehr geltenden amtlichen Richtlinien in den wesentlichsten Gesichtspunkten überein.
- 17) So die Auffassung der Deutschen Gesellschaft für Bluttransfusion, I Einleitung zu den von ihr herausgegebenen Richtlinien. Vgl. auch Abschnitt IV, 1, Satz 1 der amtlichen Richtlinien, wo ausdrücklich die Forderung "der Berücksichtigung des jeweiligen Standes der wissenschaftlichen Erkenntnisse" aufgestellt wird.
- 18) Wenn Rottländer a.a.O. S.1137 bezüglich der Richtlinien nur von "staatlich gebilligten Erfahrungssätzen" spricht, "die keinerlei rechtsverbindliche Wirkung äußern", so ist dies zumindest in dieser Hinsicht unzutreffend.
- 19) Bezug genommen wird hier und im folgenden auf die amtlichen Richtlinien, siehe Anm.13, S.85

anzusehen, soweit sie Grundsätze aufstellen und Maßnahmen vorsehen, die einer übermäßigen Schwächung, einer allgemeinen gesundheitlichen Gefährdung oder einer Ansteckung des Spenders mit einer Krankheit des Empfängers vorbeugen sollen. Dabei deuten Formulierungen wie "möglichst" und "im allgemeinen" und verschiedene Graduierungen wie "sollen" einerseits, "ist zu ..." andererseits an, daß dem Arzt ein gewisser Beurteilungs- und Handlungsspielraum überlassen bleibt und nicht jede Abweichung schon objektiv als Fehler anzusehen ist.

Demgegenüber sind - entsprechend den ungleich vielfältiger und stärker drohenden Gefahren - die Empfängerschutzvorschriften in den Abschnitten II 3, III und IV überwiegend wesentlich enger und bindender gestaltet und Abweichungen zum Teil nur in einem ausdrücklich aufgezeichneten Rahmen in Notfällen vorgesehen und zulässig.

Da auch die unter Anwendung der gebotenen Vorsichtsmaßnahmen durchgeführte Bluttransfusion einen bedeutenden und immer noch gefährlichen Eingriff darstellt²⁰, muß schon die Indikation "eng gestellt werden"²¹, so daß auch die nichtindizierte aber dennoch durchgeführte Bluttransfusion grundsätzlich einen Kunstfehler darstellen kann.

Die Vorbereitung und Durchführung der Bluttransfusion müssen einerseits den in den Richtlinien im einzelnen vor-

20) Darüber besteht Einigkeit in der medizinischen Wissenschaft, vgl. etwa Matthes, S. 198: "Aus der Betrachtung der zahlreichen Transfusionszwischenfälle und -folgen ersieht man, daß jeder Blutübertragung eine Reihe von Gefahren anhaftet, die auch bei sorgfältigster Beachtung aller Vorschriften nicht völlig ausgeschaltet werden können und zum Teil Todesfolge haben. Daraus ergibt sich, daß die Indikation zur Bluttransfusion sorgfältig abgewogen und keinesfalls leichtfertig gestellt werden darf". Demgegenüber stellt es eine gefährliche Verharmlosung dar, wenn Rottländer a.a.O. sagt: "... ist die Bluttransfusion fast risikolos, - wenn sie lege artis durchgeführt wird".

21) Richtlinien, Abschnitt IV 1

geschriebenen Anforderungen genügen. sie dürfen andererseits aber auch nicht hinter dem jeweiligen Stand²² der wissenschaftlichen Erkenntnisse zurückbleiben²³. Das bedeutet, daß die Einhaltung nur der Richtlinien nicht genügt, wenn seit deren Erlass die medizinische Wissenschaft neue Erkenntnisse gewonnen hat, deren Berücksichtigung in der Transfusionspraxis erforderlich und praktisch durchführbar²⁴ ist.

Von den vielen möglichen Einzelproblemen soll noch eine praktisch besonders bedeutsame Frage - die zum Teil schon wieder aus dem Kreis des Kunstfehlers als Verletzung primärer Sorgfaltspflichten hinausführt und in den Bereich der Abgrenzung der Verantwortung hineinreicht - berührt werden, die Frage nach der Kontrolle der Kreuzprobe und der Blutgruppenbefunde durch den transfundierenden Arzt. Unter Abschnitt IV 5 "Allgemeine Sicherheitsmaßnahmen" fordern die Richtlinien in Satz 2: "Der transfundierende Arzt hat sich von der richtigen Durchführung und dem Ergebnis der Kreuzprobe zu überzeugen und unmittelbar vor der Transfusion die Blutgruppenbefunde des Empfängers mit denen des Spenders oder der Konserve zu vergleichen".

22) Schon das Vorwort zur 1.Auflage der Richtlinien der Deutschen Gesellschaft für Bluttransfusion betonte: "Entsprechend den ständig zu erwartenden neuen Erkenntnissen auf dem Gebiet der Bluttransfusion wird die Deutsche Gesellschaft für Bluttransfusion diese Richtlinien zu gegebener Zeit dem jeweiligen Stand der Wissenschaft anpassen".

23) Vgl. Anm.17 Satz 2, S.86

24) Auch diese Frage spielt eine entscheidende Rolle, vgl. Matthes a.a.O.S.176 zur Frage der Sicherungsmaßnahmen: "Aus dem Gesagten geht hervor, daß eine Kreuzprobe noch keine absolute Sicherheit bei Transfusionen geben kann, sondern nur die evtl.störenden Antikörperreaktionen vermindert. Es ist in einem Routinebetrieb nicht möglich, alle empfindlichen Methoden für die verschiedenen Antikörper vor einer Transfusion zur Sicherung anzusetzen. Die Kreuzprobe stellt also immer nur einen Kompromiß dar, zwischen dem Wunsch, die Antikörperreaktionen der Blutgruppenunverträglichkeit auszuschalten und den praktischen Möglichkeiten, die dem Laboratoriumsbetrieb gegeben sind".

Damit wird die Verantwortung für die Verträglichkeit von Spender- und Empfängerblut in die Hände des transfundierenden Arztes gelegt, jedenfalls insoweit, als durch diese Maßnahmen ein Transfusionszwischenfall vermieden werden kann. Bei einer sinnvollen Auslegung der Bestimmung, daß sich der transfundierende Arzt auch "von der richtigen Durchführung" der Kreuzprobe "zu überzeugen" hat, ist zu berücksichtigen, daß die Kreuzprobe sehr häufig von serologischen Fachabteilungen, Speziallaboratorien oder den Blutspendediensten durchgeführt wird. Es dürfte daher entscheidend darauf ankommen, daß der Arzt wissen muß, daß die Kreuzprobe richtig durchgeführt wird²⁵ - was bei den genannten Einrichtungen in der Regel der Fall ist - und er dementsprechend mit der Durchführung nur eine Facheinrichtung, bzw. auf dem Gebiet der Blutgruppenserologie fachlich geschulte Kräfte betraut²⁶.

2. Der Kunstfehler als Verletzung sekundärer Sorgfaltspflichten

a) Das Bestehen sekundärer Sorgfaltspflichten

Da die strafrechtliche Haftung des Arztes immer nur eine Haftung für eigenes Verschulden sein kann, setzt die Haftung für Fehler²⁷ des Hilfspersonals voraus, daß der Arzt

25) So auch der Kommentar zu den amtlichen Richtlinien in Abschnitt IV 5

26) Vgl. auch Spielmann a.a.O. S.1018

27) Darunter fallen alle objektiv falschen Maßnahmen, gleichgültig, ob sie von der Drittperson verschuldet oder unverschuldet sind. Die Frage gehört dem "Problemkreis der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für dem eigenen Verhalten sich kausal verschwisterndes fremdes Verhalten an", Engisch, Die Haftung ... a.a.O. S.573, bzw. dem "fahrlässigen Zusammenwirken" im Sinne der von Exner, a.a.O. S.569/570 verwendeten Begriffsbestimmung.

auch für ihre Handlungen in bestimmten Grenzen eine Verantwortung trägt. Diese kann aus der dominierenden Stellung des den Eingriff durchführenden, oder die Operation leitenden Arztes²⁸, sowie aus der von ihm - gegenüber dem Patienten übernommenen - unteilbaren Verantwortung für das Gelingen der Operation abgeleitet werden. Durch notwendige Arbeitsteilung bedingt, entstehen daraus sekundäre Sorgfaltspflichten des Arztes hinsichtlich Auswahl, Instruktion und Überwachung aller zugezogenen Hilfskräfte, die als ärztliche Kunstregeln angesehen werden müssen und deren Verletzung in gleicher Weise einen ärztlichen Kunstfehler darstellt, wie der dem Arzt unmittelbar am Patienten unterlaufende Fehler. Denn es macht insoweit keinen sachlichen Unterschied, ob sich der Fehler des Arztes direkt, oder erst durch Vermittlung einer Drittperson und ihres objektiven Fehlverhaltens (Fehlers) am Kranken auswirkt.

Das Bestehen sekundärer Sorgfaltspflichten²⁹ ist also schlechthin vom Wesen der ärztlichen Operation her zu bejahen. Damit ist jedoch noch nichts über Inhalt und Umfang und des Entstehens im Einzelfall gesagt. Erst eine genaue Präzisierung dieser Pflichten kann Antwort auf die Frage geben, welche Pflichten im konkreten Fall bestanden und gegebenenfalls verletzt sind. Die folgenden Darlegungen sind notwendig allgemein gehalten. Sie gelten nicht nur für Transfusion und Transplantation, sondern für jeden ärztlichen Eingriff.

28) Vgl. Engisch, Wie ist rechtlich ..., a.a.O. S.252: "Denn die Verantwortung des Operateurs ist nach der heute herrschenden rechtlichen Auffassung immer noch eine so umfassende, daß sie ungeachtet der Geltung des Vertrauensgrundsatzes niemals in irgendeinem Sektor schlechthin entfällt".

29) Vgl. dazu allgemein Engisch, Untersuchungen ..., S.347, der betont, daß eine "Pflicht zur Sorgfalt" bestehen müsse.

b) Inhalt und Umfang der Sorgfaltspflichten,
insbesondere der Vertrauensgrundsatz

Inhalt und Umfang der gebotenen sekundären Sorgfaltspflichten sind aus der konkreten Situation und den individuellen Umständen des Einzelfalles zu ermitteln³⁰.

Dabei läßt sich die Konkretisierung der Sorgfaltspflichten zur Erlangung genereller Aussagen auch an der Typizität stets wiederkehrender Umstände orientieren. Faßt man die typischen Merkmale und Begleitumstände einer Operation ins Auge, so sind dies vor allem Notwendigkeit, Umfang und Sinnbestimmung der Arbeitsteilung und die durch sie bedingten Gefahrenquellen, die besondere Gefährlichkeit einzelner Maßnahmen, die Zuverlässigkeit der Hilfskräfte und ihre fachliche Qualifikation für die ihnen übertragenen Verrichtungen und schließlich die durch Art, Umfang und Gefährlichkeit des Eingriffs bedingte Inanspruchnahme des Operateurs.

Inhalt der Sorgfaltspflichten ist es, durch "geeignete"³¹ Maßnahmen die Tatbestandsverwirklichung der Körperverletzung oder Tötung zu vermeiden, d.h. Vorsorge zur Abwehr von Gefahren zu treffen, die einen solchen Erfolg herbeiführen könnten. Damit wird der Begriff der Gefahr bzw. der Gefahrenquelle zum zentralen Bezugspunkt der Sorgfaltspflicht, zu dem dann die anderen Faktoren in Verhältnis zu setzen sind und zu fragen ist, was unter den gegebenen Umständen objektiv erforderlich war³², den tatbestandlichen

30) Vgl. RGSt 56/343 (349), Englisch, Untersuchungen ..., S.331. Eingehend dazu Englisch, Wie ist rechtlich ..., a.a.O. S.240

31) Vgl. Englisch, Untersuchungen ..., S.347

32) Englisch, a.a.O.: "... muß gefragt werden, was vom Standpunkt der Rechtsordnung erforderlich ist zu jenem Zweck". Daß das immer nur das auch objektiv Mögliche sein kann, ist selbstverständlich. So setzt z.B. die Kontrollpflicht die Kontrollmöglichkeit voraus, diese kann eingeschränkt sein durch die besondere Inanspruchnahme des operierenden Arztes.

Erfolg zu verhindern. Es geht dabei nicht allein um die Frage fremder Sorgfaltsmängel, die gelegentlich der Arbeitsteilung auftreten, sondern auch um die gerade durch die Arbeitsteilung bedingten Fehler, d.h. die Mängel der Koordination und der Kommunikation³³.

Für den Bereich fremder Sorgfaltsmängel ist bei der arbeitsteilig durchgeführten Operation oder Heilbehandlung der Vertrauensgrundsatz³⁴ - daß sich der Arzt auf das sorgfaltsgemäße Mitwirken seines Hilfspersonals verlassen kann, sofern nicht besondere Umstände des Einzelfalles dieses Vertrauen erschüttern - als Kriterium zur Umgrenzung der sekundären ärztlichen Sorgfaltspflichten heranzuziehen. Als besondere Umstände, die einen Sorgfaltsmangel im Einzelfall besorgen lassen, sind die im Hinblick auf die durchzuführende Maßnahme mangelnde Qualifikation oder Zuverlässigkeit des Hilfspersonals anzusehen.

Gemäß diesem Vertrauensgrundsatz kann der Arzt von der fachlichen Qualifikation und Zuverlässigkeit ausgehen, wenn er sich "öffentlich zugelassener, unter staatlicher Kontrolle stehender Einrichtungen"³⁵ bedient, wie etwa eines öffentlichen Blutspendedienstes. Doch muß dies in gleicher Weise auch für anerkannte private, nicht staatlich kontrollierte, Institutionen gelten, wenn es sich hierbei um Facheinrichtungen (Speziallaboratorien, serologische Fachabteilungen, Gewebebanken) handelt, da auch

33) Bei den letztgenannten Mängeln kann es sich zwar, muß es sich aber nicht um fremde Sorgfaltsmängel handeln, vgl. BGHSt 6/282 (289).

34) Vgl. Eb.Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S.193; Englisch, Die Haftung ..., S.580 und Wie ist rechtlich ..., S.243; Stratenwerth, Arbeitsteilung ..., S.393, begründet ihn - soweit die Beherrschbarkeit des Geschehensablaufs durch eine andere Person gegeben ist - mit deren Eigenverantwortlichkeit.

35) Eb.Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S.189

sie den Bestimmungen der Berufsordnungen und gesetzlichen Bestimmungen unterworfen sind³⁶.

Auch bei der Zuziehung von anderen Ärzten und Personen der Heilhilfsberufe mit gesetzlich geregelter Ausbildungsordnung (Krankenschwestern³⁷, medizinisch-technische Assistentinnen³⁸) muß der Arzt darauf vertrauen können, daß sie die Kenntnisse besitzen, "die in der Prüfung nachzuweisen sind"³⁹. Kann der Arzt jedoch nicht von der fachlichen Qualifikation ausgehen, weil es sich um ungeschultes oder für eine bestimmte Tätigkeit nicht geschultes Personal handelt - darüber muß er sich vor der Betrauung mit dieser Tätigkeit durch Befragung selbst Gewißheit verschaffen -, so muß er durch genaue Instruktion und Überwachung (Stichproben) sicherstellen, daß die Maßnahme richtig durchgeführt wird. Die persönliche Zuverlässigkeit des Dritten, die mit der fachlichen Qualifikation nicht einherzugehen braucht, wird stets dann zu überprüfen sein, wenn die Durchführung einer besonders gefährlichen Maßnahme die Möglichkeit einer Gefährdung des Patienten nahelegt.

c) Kommunikationsmängel und Koordinationsmängel

Kommunikationsmängel und Koordinationsmängel können sowohl für sich allein, als auch in Verbindung mit Sorgfaltsmängeln der Hilfskräfte⁴⁰ auftreten, sowie sich schließlich

36) Z.B. hinsichtlich fachärztlicher Leitung (vgl. §§ 26 ff. der Berufsordnung für die Ärzte Bayerns vom 17.2.1958) und den Vorschriften, daß mit bestimmten Aufgaben nur fachlich vorgebildetes Personal betraut werden darf, vgl. §§ 10,11,14 "Gesetz über die Ausübung des Berufs der medizinisch-technischen Assistentin" vom 21.12.1958 (BGBl I S.981)

37) Vgl. "Gesetz über die Ausübung des Berufs der Krankenschwester..." (Krankenpflegegesetz) vom 15.7.1957 (BGBl I S.716 und Prüfungsordnung vom 22.4.1959 (BGBl I S.236)

38) Vgl. das in Anm.36 zit. Gesetz, S.o.

39) BGHSt 3/91 (96) für "geprüfte Medizinalpersonen".

auch als Sorgfaltsmängel nur des Personals darstellen. Davon auszugehen ist, daß die Anordnungen und Anweisungen, bei denen Kommunikationsmängel und die organisatorische Gestaltung der Operation oder Heilbehandlung, verbunden mit der Zuweisung von Aufgaben an das Personal, bei denen Koordinationsmängel auftreten können, von dem leitenden Arzt ausgehen. Daher ist in erster Linie das Verhältnis von Arzt zu Personal und erst in zweiter Linie das von Personal zu Personal maßgeblich.

Der Arzt hat die Pflicht, dafür Sorge zu tragen, daß diese aus der Arbeitsteilung resultierenden Mängel gar nicht erst auftreten. Er muß seine Anordnungen so geben, daß die Möglichkeit von Übermittlungsfehlern ausgeschlossen ist. Davon hat er sich durch Nachprüfung zu überzeugen. Schließlich muß er dem Personal auch einen spezifischen Aufgabenbereich zuteilen, der die Möglichkeit von Zuständigkeitszweifeln - sachlich und im zeitlichen Ablauf - ausschließt. Während die Unberechenbarkeit von Kommunikationsmängeln und ihre doch naheliegende Möglichkeit weitgehend unabhängig von der "Qualität" der Mitwirkenden ist, weshalb die dahingehenden Sorgfaltspflichten des Arztes auch schlechthin bestehen, kommt es bei den Koordinationsmängeln wesentlich darauf an, inwieweit es der Arzt mit einem eingespielten Team oder wenigstens operativ geschultem Personal zu tun hat, auf das er sich in bestimmten Grenzen verlassen kann. Das wird nur dann der Fall sein, wenn auf Grund bisheriger Übung innerhalb eines Kreises gleicher Mitwirkender oder auf Grund allgemeiner Regeln feststeht, welche Aufgaben dem einzelnen in jeder Phase des Operationsverlaufs zufallen und wenn entsprechend den oben dargestellten Grundsätzen der Arzt auch nicht mit der Möglichkeit fremder Sorgfaltsmängel - die sich als Koordinationsmängel auswirken könnten - zu rechnen braucht. Besteht

40) Vgl. Stratenwerth, Arbeitsteilung ..., S.395/396 bezgl. der Qualifikationsmängel.

eine solche - feste - Aufgabenteilung nicht, dann trifft den Arzt die Pflicht, durch eingehende Instruktion des Personals, eventuell auch durch andere geeignete Maßnahmen sicherzustellen, daß Koordinationsmängel nicht auftreten können.

Hinsichtlich der Kommunikations- und Koordinationsmängel, die sich als Sorgfaltsverletzungen der Hilfspersonen darstellen, trifft den Arzt nur dann eine Sorgfaltspflicht, wenn - durch konkrete Umstände indiziert - ihr Eintreten zu befürchten war.

3. Die Kausalität des Kunstfehlers für den eingetretenen Erfolg

Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung (Tun oder Unterlassen⁴¹⁾) und tatbestandsmäßigem Erfolg, der gerade bei den Delikten der fahrlässigen Körperverletzung und Tötung besondere Probleme aufwirft, wird beim ärztlichen Eingriff in folgenden typischen Fallkonstellationen praktisch bedeutsam: a) beim arbeitsteiligen Zusammenwirken führen Fehler mehrerer zum tatbestandsmäßigen Erfolg; b) der Arzt unterläßt eine notwendige Maßnahme oder versäumt die Erfüllung einer sekundären Sorgfaltspflicht; c) der Arzt führt eine fehlerhafte Maßnahme durch, der tatbestandsmäßige Erfolg wäre aber auch bei Durchführung der richtigen Maßnahme eingetreten.

Entscheidend für die Art der Kausalitätsprüfung ist zunächst die Vorfrage, ob das in Frage stehende Verhalten

41) Auch bei der Unterlassung entsteht das Kausalitätsproblem. Zu Recht betont E.A.Wolff a.a.O. S.33, daß von der Bejahung der Frage, ob ein "Bewirken durch Unterlassen" möglich ist, "die Möglichkeit unechter Unterlassungsdelikte" abhängt.

als positives Tun oder aber als Unterlassen aufzufassen ist, denn je nachdem ergeben sich nicht nur unterschiedliche Konsequenzen, sondern aus dem Problem der Kausalität kann auch ein solches der Rechtswidrigkeit oder Schuld werden⁴². Ausgangspunkt der Frage, ob ein Tun oder Unterlassen den tatbestandsmäßigen Erfolg verursacht hat, muß stets eine "komplexe Betrachtung des Gesamtvorganges"⁴³ sein, wobei festzustellen ist, ob innerhalb dessen überhaupt ein (positives) Tun für den Erfolg kausal geworden ist⁴⁴. Ist das zu bejahen, so ist weiter zu fragen, ob die in Frage stehende konkrete Maßnahme - objektiv gesehen - "als solche einwandfrei"⁴⁵ war oder nicht. War die Maßnahme nicht einwandfrei, dann ist ein Tun für den Erfolg kausal geworden⁴⁶. Für die Annahme einer Unter-

-
- 42) Vgl. Roxin, ZStW 74/412, der unter Zugrundelegung der Äquivalenztheorie unter Vorwegnahme des Ergebnisses seiner Untersuchung - daß Begehungsdelikte vorliegen - feststellt, daß es sich beim Apotheker-, Radfahrer-, Ziegenhaar- und Novocainfall (Fundstellen a.a.O.) nicht um ein "echtes Kausalproblem" handelt.
Anders Engisch, Kausalität ..., S.66/67 unter Zugrundelegung der Adäquanztheorie für den Novocainfall, da das "Moment der Verwirklichung der Gefahr" (a.a.O. S.61) für den besonders gearteten Kausalverlauf fehlt.
- 43) So zutreffend Maurach, Lb. AT S.494
- 44) Vgl. Roxin a.a.O. S.415. Diese Art des Vorgehens hat nichts mit dem von Spendel, Eb.Schmidt-Festschrift, S.194, postulierten Prinzip zu tun, daß "im Zweifel" eine Begehungstat (aktives Tun) anzunehmen ist.
- 45) Dieses Unterscheidungskriterium hat Eb.Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S.160, zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen (am Beispiel des ärztlichen Eingriffs) herangezogen.
- 46) Eb.Schmidt a.a.O.: "Für eine Tatbestandserfüllung durch positives Verhalten wird man sich in der Regel da zu entscheiden haben, wo die in Betracht kommende Maßnahme als solche falsch und kunstwidrig ist".

lassung bleibt damit nur Raum, wenn positive Maßnahmen überhaupt nicht vorliegen oder alle positiven Maßnahmen einwandfrei waren.

Handelt der Arzt im übrigen richtig, führt er aber eine notwendige Bluttransfusion oder Transplantation nicht durch, versäumt er die notwendige Nachprüfung der Blutgruppenübereinstimmung vor der Transfusion oder erfüllt er eine sekundäre Sorgfaltspflicht nicht, dann knüpft die Kausalitätsprüfung an ein Unterlassen an (Fallgruppe b), wobei gemäß der positiven c.s.qu.n. Formel⁴⁷ für die unechten Unterlassungsdelikte zu fragen ist, ob die unterlassene aber erwartete Handlung hinzugedacht, den Erfolg verhindert hätte⁴⁸.

Es muß also zunächst die aus der pflichtgemäßen Sorgfalt sich ergebende "erforderliche Maßnahme" ermittelt und dann an Hand der objektiv nachträglichen Prognose⁴⁹ festgestellt werden, ob sie den Erfolg verhindert hätte. Hinsichtlich der sekundären Sorgfaltspflichten ist zu fragen, ob die Erfüllung der Sorgfaltspflicht die Gefahr und den durch sie vermittelten Erfolg ausgeschaltet hätte, oder auch umgekehrt, ob sich gerade die Gefahren bzw. Gefahrenquellen, auf die die Sorgfaltspflichten speziell bezogen wurden, verwirklicht haben⁵⁰. Wäre der Erfolg

47) Innerhalb dieser Fallgruppe spielt es keine Rolle, welche der beiden Kausalitätstheorien, Äquivalenz- oder Adäquanztheorie, der Prüfung zugrunde gelegt wird, da auch die Adäquanztheorie auf der c.s.qu.n. Formel aufbaut. Im übrigen wird die "Adäquanz"- sie geht in der objektiv erforderlichen Sorgfalt auf Englisch, Kausalität ..., S.53 - notwendig bei der Frage der erwarteten Handlung (objektiv erforderliche Sorgfalt) in die Prüfung einbezogen.

48) Vgl. Englisch, Kausalität ... S.30; vgl. auch S.31/32, wo Englisch darauf hinweist, daß "die Bedeutsamkeit der Frage nach der Kausalität" vom Vorliegen einer rechtswidrigen Unterlassung abhängt.

49) Vgl. Englisch, Kausalität ... S.63

50) Zu Recht betont Stratenwerth, Arbeitsteilung... S.396 - hinsichtlich der Fahrlässigkeitshaftung -, daß die Zuordnung der Sorgfaltspflicht zu besonderen Gefah-

möglicherweise⁵¹ auch bei Vornahme der erforderlichen Handlung oder Einhaltung der sekundären Sorgfaltspflicht eingetreten, so kann die Kausalität der Unterlassung nicht bejaht werden.

Die Fallgruppe c) - repräsentativ für sie im Bereich ärztlicher Eingriffe ist der sogenannte "Novocainfall"⁵², der als Begehungsdelikt aufzufassen ist - wird im Schrifttum als Problem der Tatbestandsmäßigkeit, der Kausalität, der Rechtswidrigkeit, der Schuld⁵³ oder sogar der Strafzumessung⁵⁴, also innerhalb des gesamten Deliktaufbaus behandelt, in der Judikatur überwiegend als Problem der Kausalität⁵⁵. Richtiger Ansatzpunkt einer Lösung ist der Gedanke, daß zwischen Sorgfaltsverstoß (Pflichtwidrigkeit) und tatbestandsmäßigem Erfolg beim fahrlässigen Delikt eine bestimmte Beziehung herzustellen ist, bzw. ein bestimmter Zusammenhang bestehen muß, und zwar in der Weise, daß die Tatbestandsverwirklichung gerade "auf der Sorgfaltswidrigkeit beruht"⁵⁶. Als "Realisierung gerade

renquellen "erhebliche praktische Konsequenzen" habe.

- 51) BGHSt 11/1 (5), eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit ist nicht erforderlich. Dazu, daß es sich bei dem Wahrscheinlichkeitskoeffizienten letztlich um eine Beweisfrage in Verbindung mit dem Grundsatz in dubio pro reo handelt, vgl. Exner a.a.O. S.588. Dagegen Eb.Schmidt a.a.O. S.202; vgl. auch Hülle, Anm.zu LM § 222 StGB Nr.40
- 52) Mitgeteilt von Exner a.a.O. S.583 u.587/588. Richtigerweise ist davon auszugehen, daß die Verwendung von Novocain nach den Umständen erlaubt (nicht pflichtwidrig) gewesen ist, vgl. Spendel, Die Kausalitätsformel ..., S.70 Anm.4. Anders dagegen Eb.Schmidt a.a.O. S.200
- 53) Vgl. die eingehende Darstellung der verschiedenen Theorien mit Nachweisen bei Ulsenheimer a.a.O. § 2, S.38 ff.
- 54) Spendel, Eb.Schmidt-Festschr. S.198
- 55) Vgl. Ulsenheimer a.a.O. § 1 S.28
- 56) Vgl.Roxin, ZStW 74/419, der diese in vielen Varianten vertretene Grundauffassung als "Zusammenhangstheorie" bezeichnet.

der Sorgfaltsverletzung" ist derjenige Erfolgseintritt zu bezeichnen, der nicht auch bei sorgfaltsgemäßigem Verhalten eingetreten wäre⁵⁷. Diese Lösung auf der Ebene der Tatbestandsmäßigkeit führt dazu, daß schon der Tatbestand zu verneinen ist, wenn die zwar falsche Maßnahme des Arztes den Erfolg verursacht hat, dieser aber auch bei Anwendung der richtigen Maßnahme eingetreten wäre.

Führen Sorgfaltsverstöße mehrerer Mitwirkender zum tatbestandsmäßigen Erfolg (Fallgruppe a), so wird der an und für sich gegebene Kausalzusammenhang durch das Dazwischentreten oder Hinzutreten "der weiteren Bedingung" nicht unterbrochen. Besonders bedeutsam wird diese Frage bei der Bluttransfusion dann, wenn der blutentnehmende Arzt, bzw. die mit der Untersuchung des Blutes beauftragte Stelle fehlerhaft arbeitet, sei es daß die Blutgruppe falsch bestimmt wird oder eine Krankheit des Spenders nicht festgestellt wird. Wird dieser Fehler ursächlich für einen Schaden beim Empfänger, so wird die Kausalität nicht dadurch unterbrochen, daß der transfundierende Arzt bei Beobachtung der erforderlichen Sorgfaltsmaßnahmen den Fehler hätte bemerken müssen, und der Schaden dadurch hätte verhütet werden können.

57) Vgl. Welzel, Lb. S.122 (zu anderen Varianten vgl. Roxin, a.a.O. S.419-421) mit der dogmatischen Begründung, daß dann "die vom Tatbestand vorausgesetzte Beziehung des Erfolgseintritts gerade auf die Sorgfaltsverletzung fehle. Näher dazu Ulsenheimer a.a.O. S.146/147, der mit Hilfe des Kriteriums der "Schutzwirkung der Sorgfaltspflicht" die tatbestandsbegründenden von den tatbestandsirrelevanten Pflichtverletzungen abgrenzt.

VII. Das Selbstbestimmungsrecht des Empfängers im Hinblick auf den lebensrettenden Eingriff

Das Selbstbestimmungsrecht des Kranken, das die Rechtsprechung zum tragenden Element des ärztlichen Eingriffs und seiner Rechtfertigung gemacht hat¹, wird hinsichtlich seiner Wirksamkeit und Beachtlichkeit ethisch und juristisch problematisch in der Grenzfrage des "lebensrettenden Eingriffs". Zwar ist die Frage, ob der Arzt bei einem Widerspruch des Patienten² gegen die Durchführung einer Transfusion oder Transplantation dennoch rechtlich verpflichtet sein könnte, den lebensrettenden Eingriff vorzunehmen, grundsätzlich nicht anders zu beurteilen, wie bei jeder sonstigen ärztlichen Behandlung, doch bekommt sie vorliegend eine erhebliche praktische Bedeutung dadurch, daß es - aus religiöser Überzeugung - Transfusionsverweigerer gibt, und der Gedanke auch bei der Transplantation wirksam werden kann.

Dabei soll einmal von dem naheliegenden Einwand ganz abgesehen werden, daß nach der erwähnten Rechtsprechungspraxis jeder ärztliche Eingriff eine Körperverletzung darstellt, die nur durch die Einwilligung des Patienten gerechtfertigt werden kann, der zwangsweise Eingriff also grundsätzlich als strafbare Körperverletzung³ zu beurteilen wäre,

-
- 1) Vgl. die eingehenden Erörterungen in der schon erwähnten Entscheidung RGSt 25/375 (382)
 - 2) Davon zu unterscheiden ist die Fallgestaltung, daß die Eingriffsverweigerung von dem entscheidungsberechtigten Vertreter ausgeht. Dann handelt es sich nicht mehr um die Frage des "Selbstbestimmungsrechtes des Patienten", vgl. dazu Engisch, Universitas a.a.O. S.474
 - 3) Vgl. auch den von Erdsiek, a.a.O. S.809, erwähnten "Darmverschlußfall", in dem das Gericht wegen Nötigung bestrafte.

zu der der Arzt gar nicht verpflichtet werden kann. Denn wie Engisch⁴ mit Recht betont, kann es sich hier um eine "Ausnahme von der Regel" handeln, wie überhaupt alle Fälle eines "Behandlungszwangsrechtes" unter dem Gesichtspunkt der Ausnahme⁵ vom Selbstbestimmungsrecht betrachtet werden müssen, gleichgültig ob mit Bezug auf den Tatbestand der Körperverletzung der Nötigung oder den der "eigenmächtigen Heilbehandlung"⁶.

Eine Eingriffspflicht des Arztes bei drohender Lebensgefahr für den Empfänger könnte sich aus der Garantenstellung im Hinblick auf den Tatbestand der Tötung und aus der Hilfspflicht bei Unglücksfällen gemäß § 330c StGB ergeben.

1. Die Garantenstellung des Arztes

Die Garantenstellung des Arztes, die sich aus der Übernahme der Behandlung ergibt⁷ und eine Erfolgsabwendungspflicht hinsichtlich der Gefahren für Leib und Leben begründet, kann nur solange und insoweit als bestehend angenommen werden, als sie noch vom Einverständnis des Patienten getragen wird. Denn wie einerseits zur Begründung des Verhältnisses, dem die Garantenpflicht entspringt, das Einverständnis des Patienten (Geschützten)⁸ notwendige Voraussetzung ist, so muß es andererseits für

4) Heidelberger Jahrbücher a.a.O. S.52

5) Vgl. Engisch, ZStW 58/19 ff.

6) Vgl. § 162 Entwurf 1960 und § 162 Entwurf 1962
("Eigenmächtige Behandlung zu Heilzwecken")

7) Garantenstellung aus "tatsächlicher Gewährübernahme", Welzel, LB S.193, durch "freiwillige Übernahme", Maurach, Lb. AT S.514. Mit Recht betont Maurach a.a.O., daß "die Abhängigkeit der Erfolgsabwendungspflicht von den zivilrechtlichen Vertragsvoraussetzungen zu unerträglichen Folgen" führen würde.

8) Bezogen auf die Garantenhaftung, aus freiwilliger (tatsächlicher) Gewährübernahme.

die Aufhebung auch genügen, wenn der Geschützte den Willen zum Ausdruck bringt, das Verhältnis zu beenden. Das muß - jedenfalls bei einem so persönlichen und engen Vertrauensverhältnis, wie es zwischen Arzt und Patient besteht - auch für die Ausgestaltung des "Grundverhältnisses" im einzelnen, d.h. die Anwendung oder Nichtanwendung bestimmter Maßnahmen gelten. Auch hier muß der Geschützte bestimmen können, was geschehen und was nicht geschehen soll⁹. Verweigert der Geschützte seine Zustimmung zu einer notwendigen Maßnahme des Garanten, die in den Rahmen der Garantenstellung fällt, so ist insoweit die Garantenhaftung als aufgehoben anzusehen¹⁰. Von der Nichterfüllung einer Garantenpflicht kann dann nicht mehr gesprochen werden. Aus der Garantenstellung läßt sich damit eine Verpflichtung des Arztes zur Vornahme des Eingriffs nicht ableiten.

Diese Verpflichtung läßt sich aber auch nicht über die Konstruktion¹¹ einer Garantenstellung des Arztes auf Grund seiner Stellung "im öffentlichen Leben", bzw. seiner "standesrechtlichen Verpflichtung" begründen, denn auch diese würde am entgegenstehenden Willen des Patienten enden.

2. Die Hilfspflicht gemäß § 330c StGB

Die Pflicht zur Vornahme des lebensrettenden Eingriffs könnte sich weiter als Ausfluß der "Hilfspflicht bei Unglücksfällen" gemäß § 330c StGB ergeben. Hier kommt sowohl der Gesichtspunkt, daß die Weigerung einen Selbstmordversuch und die dadurch geschaffene Gefahrenlage ei-

9) Aber nicht schlechthin i.S.einer Freistellung von der Garantenhaftung, denn diese knüpft zwingend an bestimmte geartete Verhältnisse an; wohl aber ist die Gestaltung des Verhältnisses Sache der Beteiligten.

10) Und nicht erst^{ist} die Rechtswidrigkeit der Nichterfüllung der Garantenpflicht durch Einwilligung ausgeschlossen, was vorliegend ohnehin nicht möglich wäre (Tötungsdelikt).

nen Unglücksfall darstellen könnte¹² in Betracht, als auch - abgesehen von der Weigerung - die Möglichkeit, die den Eingriff dringend erfordernde tatsächliche Gefahrensituation unter den Begriff Unglücksfall zu subsumieren.

a) Selbstmordalternative

Folgt man der Ansicht des Großen Senats¹³, daß "die durch einen Selbstmordversuch herbeigeführte Gefahrenlage" einen die Hilfspflicht auslösenden Unglücksfall i.S. des § 330c StGB darstellt, so stellt sich für den Arzt die Frage, ob die Weigerung des Empfängers, den lebensrettenden Eingriff an sich vornehmen zu lassen, als Selbstmordversuch bezeichnet oder einem Selbstmordversuch rechtlich gleichgestellt werden kann.

Zu Recht hat Engisch¹⁴ hierzu betont, daß es "in aller Regel ein gewaltiger Unterschied" ist, "ob jemand aktiv Hand an sich legt ..., oder ob jemand eine Krankheit nicht in bestimmter Weise ärztlich behandelt haben möchte, sondern lieber dem Schicksal seinen Lauf läßt". Es ist die Verschiedenheit der tatsächlichen Konfliktsituation, d.h. der "objektiv gegebenen Lage"¹⁵, die schon rein äußerlich beide Vorgänge in einem anderen Licht erscheinen läßt.

Zu diesem objektiven Unterscheidungselement tritt als "subjektives Element"¹⁶ die Willensrichtung, d.h. die ver-

11) Vgl. dazu Eb.Schmidt, Die Besuchspflicht ..., S.23/24

12) Freilich nur soweit man uneingeschränkt der Ansicht des Großen Senats, BGHSt 6/147 folgt. Überwiegend einschränkend dagegen das Schrifttum, vgl. z.B. Schönke-Schröder, § 330c Randn.7; Welzel, I.b.S.425; Kohlrausch-Lange, § 330c Anm.II

13) PGHSt 6/147; verneinend noch PGHSt 2/150

14) ZStW 58/24

15) Engisch, Heidelberger Jahrbücher a.a.O. S.64

16) Vgl. Engisch, Heidelberger Jahrbücher, a.a.O., S.64

schiedene psychische Beziehung des Betroffenen zum Erfolg hinzu. Während der Selbstmörder den Tod als Ziel seines Handelns erstrebt, will sich der in ärztlicher Behandlung befindliche Patient, und von einem solchen wird im Unterschied zum "Suicidpatienten" hier ausgegangen, gerade von seinem Leiden heilen lassen, erstrebt also das Gegenteil.¹⁷ Wenn er dabei eine bestimmte Art und Weise der Behandlung ausschließt, wofür die verschiedensten sachlichen Gesichtspunkte und Erwägungen eine Rolle spielen können¹⁸, so kann man diesen Willen nicht als Selbsttötungswillen bezeichnen oder ihn diesem gleichsetzen¹⁹. Damit würde man den Willen des Betroffenen und d.h. zugleich das subjektive Unterscheidungselement in unzulässiger Weise objektivieren. Aber auch dann, wenn der Patient ausdrücklich erklärt, lieber sterben zu wollen, als sich "so" ärztlich behandeln zu lassen, kann von einem "Selbsttötungswillen", wie er für den Selbstmord charakteristisch ist, nicht gesprochen werden.

b) Die tatsächliche Gefahrenlage als Unglücksfall

Hinsichtlich dieser Alternative kann davon ausgegangen werden, daß die Vielzahl der Situationen, in denen eine sofortige Transplantation²⁰ oder Transfusion²¹ erforderlich

-
- 17) So auch Erdsiek a.a.O. S.809: "... der trotz Lebensgefahr den Eingriff verweigernde Patient hofft immer noch auf seine Rettung". Vgl. auch Rockelmann, NJW 61/950.
- 18) Vgl. Engisch, ZStW 58/30,31 und das dort in Fußnote 68 angeführte besonders instruktive Beispiel.
- 19) Vgl. aber Bockelmann a.a.O.: "Freilich kann auch die Ergebung in ein Krankheitschicksal dem echten Selbstmordversuch gleichkommen". Dem kann aus den dargelegten Gründen nicht zugestimmt werden.
- 20) Die Notwendigkeit von Transplantationen ergibt sich meist aus vorangegangenen schweren Unfällen (insbes. Verbrennungen), also Unglücksfällen i.S. des § 330c StGB.
- 21) Die Notwendigkeit von Transfusionen ergibt sich ebenfalls nach Unfällen, oder sehr häufig auch im Rahmen bestehender Krankheitszustände. Als Unglücksfälle sind nach der Rechtsprechung des RG auch im Rahmen einer

wird, unter den Begriff Unglücksfall i.S. des § 330c StGB subsumiert werden kann.

Dabei kann die praktisch, vor allem die ärztliche Hilfespflicht betreffende Streitfrage, ob der Kreis der Täter räumlich unbegrenzt zu fassen ist, oder nur die in Unglücksnähe befindlichen Personen²² (i.S. räumlich-nachbarlicher Beziehung) zur Hilfeleistung verpflichtet sind, beiseite bleiben, denn es ist die durch die Weigerung gegenüber dem Arzt entstandene Situation ins Auge gefaßt, also eine räumliche Beziehung vorausgesetzt.

Die Weigerung des Patienten einen bestimmten Eingriff an sich vornehmen zu lassen, stellt sich als Verzicht auf die Hilfeleistung dar. Daß ein rechtswirksamer Verzicht auf die Hilfeleistung grundsätzlich möglich ist, wird bei aller Verschiedenheit der Ansichten über das von § 330c StGB geschützte Rechtsgut allgemein bejaht²³. Voraussetzung ist jedoch, daß der Verzichtende der allein "Gefährdete" des Unglücksfalles ist, und daß er außerdem über das bedrohte Rechtsgut auch wirksam verfügen kann. Da hier das durch den Unglücksfall bedrohte Rechtsgut das menschliche Leben ist, sind für die Prüfung der Wirksamkeit des Hilfsverzichts die Grundsätze über die Beachtlichkeit des Selbstmordwillens zwar heranzuziehen, doch dürfen sie nicht uneingeschränkt angewendet werden und auch nicht das Entscheidungsmonopol beanspruchen. Denn wie schon dargelegt, können Eingriffsverweigerung und Selbstmordversuch nicht

Krankheit eintretende plötzliche Ereignisse anzusehen, die erhebliche Gefahren hervorrufen oder hervorzurufen drohen, vgl. RGSt 75/68 (70,71) h.M. Entscheidend ist aber, "daß es sich um ein plötzliches Eintreten des jeweils schädigenden besonderen Ereignisses handelt", RGSt a.a.O. S.71.

22) So zu Recht die überwiegende Ansicht im Schrifttum, vgl. insbes. Eb.Schmidt, Die Besuchspflicht ..., S.14/15 und Gallas, JZ 52/396 (398).

23) Vgl. BGH in JR 56/347 mit zustimmender Anm. von Maurach, Welzel Lb. S.426, Schönke-Schröder, § 330c StGB, Randb.26

rechtlich gleichgesetzt werden. Zum anderen stellt es einen erheblichen Unterschied dar, ob die Hilfe durch irgendein "Helfen" oder nur mittels eines bedeutsamen ärztlichen Eingriffs geleistet werden kann²⁴, der zugleich die Verletzung eines Rechtsguts des Betroffenen einschließt.

Wenn der Große Senat in seiner erwähnten Entscheidung die grundsätzliche Unbeachtlichkeit des Willens des Selbstmörders postuliert, weil "das Sittengesetz jeden Selbstmord - von äußersten Ausnahmefällen vielleicht abgesehen - streng mißbilligt"²⁵, so ist es in den anders gelagerten Fällen der Eingriffsverweigerung gerechtfertigt, den Rahmen der "Ausnahmen" dahin zu erweitern, daß jede sachlich begründete Erwägung oder Überzeugung zur "Beachtlichkeit" führt.

Daneben tritt bei der aus religiöser Überzeugung entspringenden Weigerung, eine Transfusion an sich vornehmen zu lassen²⁶, der verfassungsrechtliche Gesichtspunkt der Glaubens- und Gewissensfreiheit. Art. 4 I GG schützt die Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit, und zwar vor allem im Hinblick auf ihre Betätigung nach außen. "Verfassungsmäßig gesichert werden soll das Recht ... sich seinem sittlichen Gewissen gemäß zu verhalten"²⁷. Da Art. 4 I GG ein echtes subjektives öffentliches Recht gewährt, das nur den verfassungsmäßigen Gewährleistungsschranken und dem allgemeinen Gemeinschaftsvorbehalt des Artikel 2 I Halbs. 2 GG unterliegt²⁸, muß auch die religiöse Überzeugung des Transfusionsverweigerers als beachtlich angesehen

24) Auf diesen Unterschied weist auch Engisch, Heidelberger Jahrbücher a.a.O. S. 64 bei der Beurteilung eines Eingriffs am Suicidpatienten hin. Auch bei der Verhinderung eines Selbstmordes im allgemeinen entsteht ja das Problem "maßvoller Gewaltanwendung", vgl. Gallas JZ 60/655.

25) a.a.O. S. 153

26) Der Moralkodex verbietet den Zeugen Jehovas, sich fremdes Blut transfundieren zu lassen.

27) v. Mangoldt-Klein a.a.O., Art. 4 Anm. III 1

28) v. Mangoldt-Klein a.a.O., Art. 4 Anm. III 5

werden, es sei denn, daß sich eine der erwähnten Einschränkungsmöglichkeiten aus dem Grundgesetz selbst ergibt.

Über Art.2 I Halbs.2 GG beschränken auch die Normen des Sittengesetzes das Grundrecht des Art.4 I GG²⁹. Da unter diesen Normen nur die zum "Allgemeingut" gewordenen, nicht aber die "sittlichen Wertvorstellungen einer bestimmten Konfession, soweit sie nur begrenzt Anerkennung"³⁰ gefunden haben, verstanden werden, kann die Überzeugung der Transfusionsverweigerer nicht als dem allgemeinen Sittengesetz zugehörig bezeichnet werden.

Aber sie widerspricht andererseits auch nicht dem Sittengesetz, das zwar den Selbstmord, "von Ausnahmefällen abgesehen", mißbilligen mag³¹, zu dem ganz anders gelagerten Problem der Eingriffsverweigerung, d.h. der Weigerung, fremdes Blut in sich aufzunehmen, keine negative Bezugnahme erkennen läßt. Dann muß aber diese Gewissensentscheidung vom Staat geachtet werden und er darf es demzufolge auch niemandem unter Androhung von Strafe zur Pflicht machen, in ein auf der Gewissensentscheidung basierendes Verhalten einzugreifen³².

Muß aus diesen Gründen ein "Behandlungszwangsrecht" im Unglücksfall, auch bei Lebensgefahr des Gefährdeten wegen der Beachtlichkeit des Hilfsverzichts verneint werden, so bleibt die Frage, ob die Weigerung schon den Tatbestand oder erst die Rechtswidrigkeit der unterlassenen Hilfeleistung ausschließt. Da die Tatbestandsvoraussetzungen "Un-

29) Vgl. Maunz-Dürig a.a.O., Art.2 I Randn.74

30) Peters, a.a.O. S.676; vgl. auch Maunz-Dürig a.a.O. Art.2 I Randn.16

31) Vgl. dazu Gallas, JZ 60/652 ff.

32) Für eine Respektierung der Haltung des Transfusionsverweigerers auch Bockelmann, NJW 61/950

glücksfall" und "Erforderlichkeit"³³ der Hilfeleistung nicht schon auf Grund der Weigerung entfallen und - entsprechend dem bei der Einwilligung geltenden Grundsatz - auch ein Handeln (Unterlassen) wider Willen des Betroffenen nicht zum gesetzlichen Tatbestand gehört, wird durch das Unterlassen zwar der Tatbestand des § 330c StGB erfüllt, der Hilfsverzicht schließt jedoch die Rechtswidrigkeit aus³⁴.

Eine allerdings harte Konsequenz der Anerkennung des Selbstbestimmungsrechts zeigt sich darin, daß auch bei eintretender Bewußtlosigkeit die Fortwirkung des Willens anzunehmen und auch dann eine Eingriffspflicht zu verneinen ist. Eine Konsequenz, die mit dem Berufsethos des Arztes nur schwer zu vereinbaren sein wird.

Zusammenfassend ist als Ergebnis festzuhalten, daß ein Eingriffsrecht des Arztes gegen den Widerspruch des Empfängers einer lebensrettenden Transfusion oder Transplantation nicht begründet werden kann³⁵.

33) Die Hilfe bleibt objektiv erforderlich. Anders anscheinend Maurach, JR 56/348 (349), der aber ebenfalls Ausschluß der Rechtswidrigkeit annimmt.

34) So auch Görlich, a.a.O. S.18

35) Im Ergebnis wohl ebenso Engisch, Universitas a.a.O. S.474, wenn er in dem "Darmverschlußfall" ein Eingriffsrecht des Arztes verneint, Gallas, Mezger-Festschrift S.326 Fußn.1, Kaufmann, ZStW 73/365; Rottländer a.a.O. hält - jedoch ohne nähere Begründung - den Arzt für verpflichtet, "die lebensrettende Bluttransfusion durchzuführen u.U. auch gegen den Willen des Patienten".

N a c h t r a g

Gliederung des Nachtrags

Seite:

1. Erweiterung der Arbeit im Hinblick auf die Herztransplantation	1
2. Medizinische Gesichtspunkte	2
3. Die Organentnahme beim Spender	3
a) der noch lebende Spender	3
b) der Todeszeitpunkt bzw. die Kriterien des Todes	4
aa) der Individualtod oder klinische Tod	5
bb) der biologische oder endgültige Tod	7
c) die Organentnahme vom Leichnam	7
4. Die ärztliche Behandlung des Spenders bis zu dessen klinischen Tode	9
a) die ärztliche Behandlungspflicht	10
b) die Unmöglichkeit der Lebensrettung als Grenze der Behandlungspflicht	11
5. Die Organübertragung auf den Empfänger	12

Literaturverzeichnis zum Nachtrag

- Bauer, Karl Heinz Über Rechtsfragen bei homologer Organtransplantation aus der Sicht des Kliniklers, in: Der Chirurg, 38.Jahrgang (1967) Heft 6 S.245
- Bretschneider, H.J. Der Austausch des Herzens und der Niere, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 24.Januar 1968 (Nr.20)
- v.Bubnoff, Eckhart Rechtsfragen zur homologen Organtransplantation aus der Sicht des Strafrechts, in: Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1968 Heft 3 S.65
- Engisch, Karl Über Rechtsfragen bei homologer Organtransplantation, in: Der Chirurg, 38. Jahrgang (1967) Heft 6 S.252
- Goetzeler, Richard Gedanken zum Problem der Euthanasie de lege lata und de lege ferenda, in: Schw.ZSt Bd. (1950) S.403
- Hammann, Konrad Die echte Sterbehilfe, Diss.Bremen 1966
- Kaiser, Günther Künstliche Insemination und Transplantation, in: Arzt und Recht, hrg. von Hans Göppinger, Becksche Schwarze Reihe Bd.41 S.58, München 1966
- Masshoff, W. Vitale Reaktion, in: Lehrbuch der Gerichtlichen Medizin, hrg.von Ponsold, 2.Auflage, Stuttgart 1957 S.297
- Schäfer-v.Dohnanyi Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931 bis 1935, Nachtrag zur 18.Auflage zum Kommentar von Frank, Tübingen 1936
- Schoellgen Ärztliche Ethik und christliche Moraltheologie, in: Studium Generale 1953 Heft 1 S.39
- Seiffert, K.E. Überblick über den gegenwärtigen Stand der Transplantation von Organen und Geweben, in: Der Chirurg, 38.Jahrgang (1967) S. 255
- Simson, Gerhard Euthanasie als Rechtsproblem, in: NJW 64,1153

Spann-Liebhardt

Reanimation und Feststellung des
Todeszeitpunktes, in: Münchner
Medizinische Wochenschrift 1966
S.1410

- -

Rechtliche Probleme bei der Organ-
transplantation, in: Münchner Medi-
zinische Wochenschrift 1967 S.672

Storr, Peter

Rechtsfragen bei der Organtransplan-
tation, in JuS Medici Jahrgang 1968
Nr.1 S.3

Trockel, Horst

Die Rechtswidrigkeit klinischer
Sektionen, Berlin 1957

N a c h t r a g

1. Erweiterung der Arbeit im Hinblick auf die Herztransplantation

Nach Abschluß dieser Arbeit und kurz vor der geplanten Drucklegung erfuhr das Thema der Arbeit eine Erweiterung dadurch, daß es zunächst südafrikanischen, später auch amerikanischen Chirurgen bzw. Chirurgenteams gelang, das menschliche Herz zu transplantieren.

Wenn es sich auch in der Zwischenzeit von nur wenigen Monaten gezeigt hat, daß, bis auf eine, allen bisher durchgeführten Herztransplantationen schon nach kurzer Zeit ein negativer Ausgang beschieden war, so ist doch nicht zu verkennen, daß ein weiterer Fortschritt auf dem Gebiet der Transplantationsforschung und der Immunbiologie sowie deren praktischer Anwendungen gemacht wurde. Trotz der unverhohlen laut gewordenen Skepsis gegenüber "Herztransplantationen im gegenwärtigen Zeitpunkt" aus Kreisen der medizinischen Wissenschaft, muß die Möglichkeit in Betracht gezogen werden, daß eines Tages Herztransplantationen mit einem gewissen Dauererfolg gelingen und auch klinisch die Herztransplantation ernsthafte Bedeutung erlangt¹.

Mit der Erweiterung der medizinischen Basis vorliegender Arbeit traten zugleich neue rechtliche Gesichtspunkte zutage. Zwar gelten auch für die Herztransplantation prinzipiell die gleichen Grundsätze, wie sie für die Transplantation von Geweben im "allgemeinen" entwickelt wurden. Die spezifische Besonderheit der Herztransplantation besteht jedoch vor allem darin, daß sie als Transplantation

1) Zu einer in großem Umfang durchgeführten Therapie wird sie freilich schon nicht wegen der außerordentlich hohen Kosten und der enormen erforderlichen Aufwendungen werden.

eines unpaaren Organs den Tod des Spenders voraussetzt oder bedingt.

Die Rettung, bzw. der Versuch der Rettung des Lebens des Empfängers, knüpft unabweislich an den Tod bzw. das Sterben des Spenders an.

2. Medizinische Gesichtspunkte

Diese eben angedeutete kausale Verknüpfung erfährt nun durch die praktischen medizinischen Erfordernisse der Durchführung der Herztransplantation und der Voraussetzungen, die an das Transplantat gestellt werden, einen ganz besonderen Akzent.

Von der biologisch-medizinischen Seite her gesehen, kann nämlich mit Aussicht auf Erfolg nur ein noch lebensfähiges Herz bzw. ein Herz, das wieder zum Schlagen gebracht werden kann, verpflanzt werden. Damit stellt sich die eminent wichtige Frage des Todeszeitpunktes. Hinzu kommt, daß die technisch-operativen Maßnahmen, d.h. also der Anschluß einer Herzlungenmaschine zur Wiederherstellung der Blut- und Sauerstoffversorgung des Herzens einen gewissen Zeitraum in Anspruch nehmen. Das Herz ist aber gerade ein Organ, das relativ wenig resistent gegen einen totalen Ausfall der Blut- und Sauerstoffversorgung ist. Die Reanimationsgrenze des Herzmuskels bzw. die Erhaltung seiner Lebensfähigkeit ist daher von der Einhaltung kürzester Zeiten zwischen der Entnahme des Transplantats und seiner Einpflanzung abhängig. Schließlich gibt es beim Herzen anders als bei der Niere nicht über längere Zeiträume die Anschlußmöglichkeit an ein künstliches Organ, das die Funktionen des Herzens übernehmen könnte und endlich ist eine Wiederholung der Herztransplantation wiederum anders als bei der Nierentransplantation wohl nicht möglich².

2) Vgl. H.J. Brettschneider a.a.O. "Eine Wiederholung der Transplantation mit einem anderen Herzen dürfte sowohl wegen der vermehrten technischen Schwierigkeiten in dem vernarbten Operationsfeld, als auch wegen der erhöhten Infektionsgefährdung des betreffenden Patienten kaum Aussicht auf Erfolg besitzen."

Die Herztransplantation ist eine Neulandoperation. Wenn auch die operativen Voraussetzungen gerade bei der Herztransplantation schwierig sind³, so scheinen doch die chirurgisch-technischen Probleme "weitgehend gelöst"⁴ zu sein. Anders verhält es sich mit ihren physiologischen Voraussetzungen⁵ und der Ausschaltung der Immunreaktionen. Unbekannt sind natürlich auch noch die "Erfolgsquoten" bzw. das Mißerfolgsrisiko.

3. Die Organentnahme beim Spender

Der Begriff Spender soll hier im w.S. aufgefaßt werden, es soll unter ihm sowohl der noch lebende Mensch, als auch der frisch Verstorbene (Leichnam) verstanden werden.

a) Der noch lebende Spender

Die Entnahme des Herzens als unpaaren Organs bei einem noch lebenden Spender würde sofort und unausweichlich zu dessen Tode führen. Damit stellt sich die Frage, ob der lebende Mensch als Spender generell ausscheidet oder ob Situationen denkbar sind, in denen eine solche Spende rechtlich gebilligt werden könnte.

Die etwaige Einwilligung eines Spenders in die Herzentnahme scheidet für sich allein stets als Rechtfertigungsgrund aus. Denn wenn sie auch zugleich die Einwilligung in die eigene Tötung bedeuten würde, so ist diese doch rechtsunwirksam⁶, sie vermag die Tötung nicht zu rechtfertigen. Aber auch dann, wenn objektiv und einwandfrei feststünde, daß der Spender unrettbar dem Tode geweiht ist und er bereits im Sterben liegt, kann dies kein Umstand sein, der selbst im Hinblick auf den mit der Spende verfolgten

3) Vgl. Seiffert, a.a.O. S.258

4) Vgl. Brettschneider, a.a.O.

5) Vgl. Seiffert, a.a.O. S.258 mit dem Hinweis, daß dies zur Zeit noch für alle Organtransplantationen gilt; vgl. auch oben S.7/8

6) vgl. oben S.30 ff., insbesondere S.32

Zweck (bzw. auf die Möglichkeit, dem Empfänger mit der Spende das Leben zu retten) eine andere rechtliche Beurteilung zuließe. Denn auch dann würde die Organentnahme das Leben, wenn auch zeitlich gesehen nur "ganz unwesentlich" verkürzen⁷. Nicht vergleichen läßt sich die dargestellte Situation mit dem ganz anders gelagerten Sachverhalt der Sterbehilfe in den Fällen, in denen die Schmerzlinderung ungewollt eine geringfügig lebensverkürzende Wirkung hat. Wenn hierzu von einem Teil der Literatur die Auffassung vertreten wird⁸, daß eine solche Handlung entweder schon nicht dem Tatbestand der Tötungsverbote unterfalle oder zumindest nicht rechtswidrig sei, so mit den gewichtigen Argumenten, daß auch die bloße Schmerzlinderung Heilbehandlung ist, "bei der um des guten Zweckes willen gewisse Gefahren und Nachteile in Kauf genommen werden"⁹, müssen und bei einer Interessenabwägung, das Interesse an der Schmerzlinderung den Vorzug verdienen könne¹⁰.

Bei der Organentnahme würde die Lebensverkürzung nun aber ausschließlich im Interesse des Empfängers erfolgen. Eine Interessenabwägung scheitert hier an der "Absolutheit des Lebensschutzes".

b) Der Todeszeitpunkt bzw. die Kriterien des Todes

Weder für den Gesamtorganismus noch für seine einzelnen Bausteine, die Zellen, läßt sich eine scharfe Grenze zwischen Leben und Tod ziehen¹¹.

7) Nach dem Grundsatz des "absoluten Lebensschutzes" genießt das Leben Schutz bis zu seinem tatsächlichen Ende, das gilt auch für das Leben des unheilbar Todge-
weithen, vgl. etwa Maurach, Lb.BT, S.13

8) Vgl. vor allem Engisch, Euthanasie ... S.5 ff., weiter auch Mezger-Blei, Lb.II, S.22/23, Goetzeler a.a.O.S.412. Ablehnend vor allem Maurach, Lb.BT, S.14, Schönke-Schröder, vor § 211 Randn.14

9) Vgl. Engisch a.a.O., S.6

10) Vgl. Engisch a.a.O., S.6 mit weiteren Kriterien

11) Vgl. Masshoff a.a.O., S.303

aa) Der Individualtod oder klinische Tod¹²

Hat sich gezeigt, daß eine Herzentnahme bei dem noch lebenden Spender ausscheidet, ist sie also erst nach dem - klinisch festgestellten - Eintritt des Todes möglich, so kommt der Bestimmung des Todeszeitpunktes entscheidende Bedeutung zu.

Hierbei handelt es sich nicht um eine nur vom Juristen zu beantwortende Frage, vielmehr muß es in erster Linie verantwortliche Aufgabe der ärztlichen Wissenschaft sein, die Kriterien des Todes nach dem Stande der Forschung und gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnisse ständig neu zu bestimmen. Schon deshalb muß wohl auch eine gesetzgeberische Festlegung des Todeszeitpunktes ausscheiden. Wie unzweckmäßig eine gesetzliche Fixierung wäre, zeigt sich schon daraus, daß mit der Entwicklung und Anwendung moderner Verfahren der Reanimation die Frage nach dem Todeszeitpunkt in Fluß geraten ist.

Nach der "bisher geltenden Definition" war "der Tod eines Menschen dann eingetreten, wenn Atmung und Kreislauf irreversibel zum Stillstand gekommen waren"¹³. Nun können aber gerade diese Lebensfunktionen "über lange Zeit"¹⁴ künstlich aufrecht erhalten werden, so daß der Tod dann nicht mehr mit dem Stillstand dieser Funktionen gleichgesetzt werden kann, wenn sie im speziellen Fall, etwa durch die Herz-Lungenmaschine ersetzt sind. Damit kommt es in derartigen Fällen entscheidend auf den Funktionszustand

12) Die medizinische Wissenschaft unterscheidet zwischen Individualtod oder klinischem Tod einerseits und biologischem oder endgültigem Tod andererseits. Dabei bedeutet der klinische Tod den für das Recht maßgeblichen Vorgang des irreversiblen Ausfalls der großen Funktionssysteme (zentrales Nervensystem, Kreislauf, Atmung), vgl. Masshoff, a.a.O. S.297

13) So die Formulierung von Spann-Liebhardt, a.a.O. S.1411

14) Vgl. Spann-Liebhardt, a.a.O. S.1412

des Gehirns als des Zentralorgans an. Erst wenn das Elektroenzephalogramm (EGG) über längere Zeit hinweg keine Hirnstromtätigkeit mehr anzeigt und auch der "Beweis des Lebens nicht durch andere intakte Körperfunktionen" gegeben ist, kann man vom Eintritt des klinischen Todes sprechen.

Spann-Liebhardt¹⁵ teilen folgende von ihnen im wesentlichen akzeptierte Tabelle mit, in der die "Voraussetzungen für die Erklärung des Hirntodes" nach Schwab (Boston) wie folgt festgelegt sind:

keine Spontanatmung für mind. 60 Minuten

keine Reflextätigkeit

EGG: flache Linien ohne Rhythmus in jeder Ableitung mind. 60 Minuten. Keine Antwort auf Reize
normale Grundlabordaten

Teilung der Verantwortung mit anderen Ärzten¹⁶.

Die medizinische Wissenschaft hat darüber zu befinden, inwieweit diese Kriterien zur Bestimmung des Todes nach dem jeweils augenblicklichen Forschungsstand genügen¹⁷. Soweit es medizinisch anerkannte Mindestkriterien für die Bestimmung des Todes gibt, sind diese einzuhalten.

Vor allem im Hinblick auf die Entnahme eines lebenswichtigen Transplantats von einem Spender sei festgehalten, daß bis zum Beweis des medizinischen Gegenteils von einem lebenden Menschen ausgegangen werden muß. Die Organentnahme zur

15) a.a.O. S.1413; kritisch jedoch hinsichtlich der Dauer, während der Stille im EGG herrschen muß, unter Mitteilung von Fällen über Stille im EGG während längerer Zeit und späterem Weiterleben.

16) Dieser Punkt betrifft natürlich nicht ein Kriterium des Todes, sondern stellt nur die - im Falle beabsichtigter Organentnahme sicherlich berechnigte - Forderung auf, daß der eingetretene Tod von mindestens zwei Ärzten festgestellt werden muß.

17) Inwieweit die Herzstromaufzeichnung (EKG) im Falle der Herztransplantation als Kriterium zusätzlich heranzuziehen ist, bedarf noch der medizinisch wissenschaftlichen Klärung.

Transplantation darf daher erst im intermediären Stadium erfolgen.

bb) Der biologische oder endgültige Tod

Der Eintritt des klinischen Todes bedeutet nicht, daß nun auch zugleich das Leben aller einzelnen Organe und Gewebe erloschen sein müßte. Diese können vielmehr noch, je nach Struktur des Gewebes, eine unterschiedliche Zeit lang weiter leben und während dessen auch noch eine begrenzte und isolierte Reaktionsfähigkeit¹⁸ besitzen. Man bezeichnet diesen Zustand als intermediäres Leben, die auftretenden Reaktionen als supra- oder transvital. Schon diese Bezeichnungen weisen daraufhin, daß in dieser Phase nicht mehr von "menschlichem Leben" gesprochen werden kann, daß es sich bei dem in dieser Phase befindlichen Organismus um einen Leichnam handelt. Diese Feststellung ist wichtig für die Fragen der Reanimation und der Organentnahme.

c) Die Organentnahme vom Leichnam.

Erst wenn der klinische Tod einwandfrei festgestellt ist, ist die Entnahme eines lebenswichtigen Organs, wie das des Herzens, grundsätzlich möglich. Doch woher nimmt der Arzt das Recht zur Organentnahme, wenn der Verstorbene vor seinem Ableben oder dessen Angehörige der Organentnahme nicht zugestimmt oder diese sogar ausdrücklich abgelehnt haben. Die Frage nach dem Recht bzw. der Rechtfertigung setzt das Vorliegen und die Erfüllung einer strafrechtlichen Schutznorm voraus.

Die juristisch nahe Verwandtschaft¹⁹ im äußeren Erscheinungsbild mit der Leichensektion führt vor allem zu den §§ 168 und 189 StGB²⁰, wobei freilich die Organentnahme

18) Vgl. Masshoff, a.a.O. S.297

19) auf die mit Recht Engisch hinweist, vgl. Chirurg 1967, S.252

20) von vorneherein ausscheiden § 367 Nr.1 StGB und § 303 StGB, letzterer wegen des fehlenden Merkmals der "Fremdheit" der Leiche, da an Leichen, von hier nicht interessierenden Ausnahmefällen abgesehen, keine Eigentumsrech-

als die "Wegnahme von Leichenteilen" den weitergehenden Sachverhalt darstellt.

§ 168 StGB, eine Bestimmung, die das Pietätsgefühl gegenüber dem Toten schützt, setzt die unbefugte Wegnahme von Leichenteilen aus dem Gewahrsam der tatsächlich obhutsberechtigten Person voraus, wobei Wegnahme den Bruch des Obhutsverhältnisses bedeutet²¹. Überwiegend und dem "tatsächlichen" Obhutsbegriff des § 168 StGB Rechnung tragend, wird nun die Auffassung vertreten²², daß bei einem in der Klinik Verstorbenen lediglich das Krankenhaus (d.h. die Krankenhausleitung), Gewahrsam habe, womit ein Gewahrsamsbruch des organentnehmenden Arztes von vornherein ausgeschlossen sei²³.

Sind aber im Einzelfall die Angehörigen²⁴ im Augenblick des Todes im Krankenhaus um den Verstorbenen versammelt, so werden diese zumindest Mitgewahrsam im Sinne des § 168 StGB am Leichnam haben. In diesem Fall würde eine Organentnahme ohne die Einwilligung oder gegen den Willen der Angehörigen ein Gewahrsamsbruch darstellen und damit den Tatbestand des § 168 StGB erfüllen.

Eine Rechtfertigung wird sich jedoch hier aus den Grundsätzen des übergesetzlichen Notstandes²⁵ ergeben, da bei

te bestehen, vgl.dazu insbes.Trockel a.a.O. S.37 ff.

21) Vgl.statt vieler: Schönke-Schröder, § 168 StGB, Randn.4

22) Vgl. mit vielen Nachweisen Trockel, a.a.O.S.29, Anm. 7,8,9. Anders jedoch Welzel, LB S.406: das Krankenhaus habe Gewahrsam "jedoch nur hinter den Erben", ebenso v.Bubnoff, a.a.O. S.72/73

23) Anderer Auffassung vor allem v.Bubnoff, a.a.O. S.73

24) Da § 168 StGB das Pietätsgefühl schützt, ist in erster Linie wohl auf die Angehörigeneigenschaft und nicht auf die Erbenstellung abzustellen. Anders anscheinend Welzel, LB, S.406

25) Vgl. oben S.34 ff., insbesondere S.50 f.

einer Abwägung der betroffenen Interessen, das Interesse des Empfängers an der Lebensrettung den Vorzug gegenüber dem von § 168 StGB geschützten Rechtsgut verdient²⁶.

Der Tatbestand des § 189 StGB, die Verunglimpfung des Andenkens eines Verstorbenen, wird durch die Organentnahme nicht erfüllt, da dazu regelmäßig eine Verleumdung (§ 187 StGB), eine üble Nachrede (§ 186 StGB) oder eine Beleidigung (§ 185 StGB) erforderlich ist²⁷. Es hieße den Tatbestand des § 189 überstrapazieren, wollte man in der Organentnahme eine Beleidigung, an die hier allenfalls zu denken wäre, in Form der vorsätzlichen Kundgabe der Nichtachtung sehen.

4. Die ärztliche Behandlung des Spenders bis zu dessen klinischen Tod

Setzt man voraus, daß ein in die Klinik eingelieferter - vielleicht lebensgefährlich verletzter - Patient als möglicher Spender des Herzens oder eines anderen lebenswichtigen Organs in Betracht kommt, insbesondere, weil der Patient mit einer Organentnahme für den Fall des Eintritts seines Todes einverstanden ist und das entsprechende Organ zur Transplantation besonders geeignet erscheint, und

26) So im Prinzip auch Englisch, Über Rechtsfragen ..., S.252; Kaiser, a.a.O.S.80, Storr a.a.O. S.5. Es handelt sich jedoch bei § 168 StGB wohl nicht wie Storr meint, um das Interesse der Angehörigen "an der Bestattung eines vollständigen Leichnams", sondern um das Pietätsgefühl bzw. um den Schutz der Totenruhe. Vgl.dazu auch v.Bubnoff a.a.O. S.72. Gerade deshalb wären das Pietätsgefühl besonders verletzende "Gewalttätigkeiten" gegenüber den Angehörigen, um in den Besitz des Transplantats zu gelangen, nicht mehr zu rechtfertigen, so auch Englisch, Über Rechtsfragen ... S.252; Kaiser a.a.O. S.80

27) Für den Bereich klinischer Sektionen lehnt deshalb auch Trockel, a.a.O., die Erfüllung des Tatbestandes des § 189 StGB ab.

wartet gleichzeitig ein Empfänger auf die vielleicht lebensrettende Transplantation, so wird der Interessenkonflikt deutlich, dem der behandelnde Arzt in einem solchen Fall ausgesetzt sein muß²⁸.

Besteht nicht die Gefahr, so lautet hier die Frage, daß im Hinblick auf die Möglichkeit der Lebensrettung eines Empfängers und die Notwendigkeit der "Gewinnung" eines Transplantats die ärztliche Behandlung des in Aussicht genommenen Spenders vernachlässigt wird?

Es gilt daher Umfang und Dauer der ärztlichen Behandlungspflicht zu bestimmen.

■) Die ärztliche Behandlungspflicht

Aus der Übernahme der Behandlung und der ärztlichen Berufsethik ergibt sich die Pflicht des Arztes, alles in seinen Kräften Liegende zu tun, um das Leben des Patienten zu retten und seine Gesundheit wieder herzustellen. Diese Pflicht findet zunächst nur dort ihre Grenze, wo der Wille des Patienten der ärztlichen Behandlung generell oder einem bestimmten Eingriff klar entgegensteht²⁹. Gegen den Willen des Patienten darf der Arzt selbst dann nicht die Behandlung oder den Eingriff vornehmen, wenn diese lebensrettend wären³⁰. Insbesondere kann auch eine einmal erklärte Einwilligung des Patienten jederzeit von diesem wi-

28) Deshalb wird von seiten der Medizin her eine "eindeutige personelle Trennung" "zwischen den für den Patienten Verantwortlichen und den an einer Transplantatentnahme interessierten Ärzten" gefordert, vgl. Bauer, Über Rechtsfragen ..., a.a.O. S.247 und die von ihm Zitierten.

29) Werden an einem klinisch noch nicht Toten, aber sterbenden Spender ohne dessen Einwilligung Reanimationsmaßnahmen nur zu dem Zweck durchgeführt, ein brauchbares Transplantat zu erhalten, so liegt objektiv schon keine "Heilbehandlung" vor, die durchgeführten Maßnahmen wären daher als Körperverletzungen zu qualifizieren. Vgl. hierzu den von Spann-Liebhards, a.a.O., S.672 f. mitgeteilten tatsächlich vorgekommenen Fall.

30) Vgl. oben S.100 ff., insbesondere S.108

derrufen werden³¹, mit der Folge, daß der Arzt zur Vornahme weiterer Eingriffe nicht mehr berechtigt ist.

b) Die Unmöglichkeit der Lebensrettung als Grenze der Behandlungspflicht

Die ärztliche Behandlungspflicht könnte dort ihre Grenze finden, wo ein bereits verlöschendes Leben künstlich nur noch um kurze Zeit verlängert werden könnte, jede Möglichkeit der Lebensrettung aber völlig ausgeschlossen ist.

Nicht die Unterlassung lebensrettender³², sondern nur die lebensverlängernder Maßnahmen ist hierbei ins Auge gefaßt. Im Schrifttum zur Euthanasie - der Sterbehilfe also -, bei der Mitleid die Triebfeder des Handelns ist - wird hierzu ganz überwiegend die Auffassung vertreten, daß der Arzt rechtlich nicht verpflichtet ist, ein qualvoll verlöschendes Leben, etwa durch Anwendung analeptischer Mittel, künstlich zu verlängern³³. Wie Engisch jedoch mit Recht betont³⁴, kommt es bei der Beurteilung der Rechtspflicht auf die jeweilige besondere Lage des Einzelfalles an, insbesondere wird der ausdrückliche Wunsch des Patienten nach weiterer Lebensverlängerung zu achten sein³⁵.

Was für das qualvoll verlöschende Leben gilt, wird aber auch in gleicher Weise für das verlöschende Leben schlechthin Geltung beansprechen dürfen, da das Sterben ja immer "leidensvoll" ist.

31) Vgl. oben S.101/102

32) Die Unterlassung lebensrettender Maßnahmen würde die Tatbestände der vorsätzlichen oder fahrlässigen Tötung erfüllen.

33) Vgl. Schaefer, in LK II § 212, Anm.III; Maurach, Lb. BT, S.15; Schönke-Schröder vor § 211, Randn.14; Welzel, Lb. S.255; Simson a.a.O. S.1157; eingehend zur gesamten Problematik, Engisch, Euthanasie ... S.8/9

34) Engisch, Euthanasie, S.8

35) So auch Maurach, Lb. BT S.15

Sinn ärztlichen Helfens ist das "Heilen". Wo das Heilen aber unmöglich wird, darf nicht an seine Stelle die Leidens- und Lebensverlängerung um jeden Preis gesetzt werden. Denn eine derartige Behandlung ist keine "Heilbehandlung" mehr. In diesem Sinne betont Schoelgen aus der Sicht christlicher Moralthologie, "daß der Mensch ein Recht auf den ihm gemäßen Tod hat, auf die Würde eines menschlichen Sterbens"³⁶⁾.

Als Ergebnis kann festgehalten werden, daß der Arzt also dann zur Durchführung von Reanimationsmaßnahmen nicht verpflichtet ist, wenn einwandfrei feststeht, daß er dadurch das vor ihm verlöschende Leben nicht mehr retten kann, sondern allenfalls um eine kurze Zeitspanne verlängern kann, und der Patient die Lebensverlängerung auch nicht ausdrücklich wünscht.

Das gleiche gilt auch für einen Abbruch der Reanimationsmaßnahmen. Diese werden sich in aller Regel bei einer komplexen Betrachtung des Gesamtvorganges objektiv als Nichtfortführung der Behandlung darstellen und damit rechtlich als Unterlassung zu qualifizieren sein³⁷⁾.

5. Die Organübertragung auf den Empfänger

Wenn die Auffassungen darüber, ob Herztransplantationen im gegenwärtigen Zeitpunkt als verfrüht anzusehen sind³⁸⁾, geteilt sind, so u.a. auch deshalb, weil die Transplantationsforschung in den einzelnen Ländern verschieden weit gediehen ist. Wird, wie in Deutschland, von führenden wissenschaftlichen Kapazitäten betont, daß vor allem wegen der

36) a.a.O. S.41; die ärztliche Ethik müsse technische Kunststücke verbieten, die keinen humanen Sinn mehr haben können.

37) So auch Hammann, a.a.O.S.165, vgl.auch oben S.96

38) vgl. die Stellungnahmen führender deutscher Chirurgen in der Illustrierten "Stern", Heft 5, vom 4.II.1968, S.32 ff.

noch weithin unbekannten immunologischen Voraussetzungen und der Gewebsverträglichkeit Herztransplantationen im Augenblick nicht verantwortet werden können, so wird damit das Merkmal der Indikation für den Eingriff verneint.

Voraussetzungen für die Beurteilung eines ärztlichen Eingriffes als rechtmäßig sind aber gerade das Gebotensein (Indikation) und die kunstgerechte Durchführung des Eingriffes.

Ein ärztlicher Eingriff ist dann indiziert, wenn er "das einzige oder beste Mittel ist, um das Leben, die Gesundheit ... zu erhalten oder herzustellen und wenn er um deswillen in Kauf genommen werden darf"³⁹. Nur wenn die in dieser Begriffsbestimmung liegende Interessenabwägung zwischen Nachteilen und Vorteilen zur Bejahung des Eingriffs führt, läßt sich dieser rechtfertigen.

Das bedeutet nicht nur, daß die Erfolgchancen der Transplantation im konkreten Fall größer sein müssen als die Überlebenschancen des Patienten bei Nichtvornahme des Eingriffs, sondern auch, daß ein anderer weniger schwerwiegender Eingriff nicht zu Gebote stehen darf, bzw. weniger erfolgversprechend ist. Die Schwierigkeit der Interessenabwägung liegt bei der Herztransplantation als Neulandoperation darin, daß das Mißerfolgsrisiko für zukünftige Transplantationen sehr schwer abzuschätzen ist, und die bisher gemachten Erfahrungen gezeigt haben, daß es im Augenblick als noch sehr hoch angesetzt werden muß.

Abschließend sei festgestellt, daß für die Herztransplantation und ihre Beurteilung als rechtmäßig in besonderem Maße die Forderung gilt, die K.H.Bauer⁴⁰ für die Organtransplantation schlechthin ausgesprochen hat, daß sie "angesichts des hohen Risikos" v i t a l i n d i z i e r t sein muß.

39) Vgl. Engisch, Die rechtliche Bedeutung ... S.1523

40) Über Rechtsfragen ... a.a.O. S.250

Lebenslauf

Ich wurde am 11.6.1936 als Sohn des Facharztes für Chirurgie, Dr.med. Hans Kinzel und seiner Ehefrau, Liselotte Kinzel, geb.Swiderski, in Breslau geboren. Nach dem Besuch der Volksschule in Bunzlau/Schlesien von 1942-1945 und Gosberg/Ofr. von 1945-1946, besuchte ich von 1946-1950 die Realschule in Forchheim/Ofr.und anschließend die Ludwigs-Oberrealschule in München, an der ich im Juni 1956 die Reifeprüfung bestand.

Von 1956-1960 studierte ich Rechtswissenschaften an den Universitäten Bonn und München und legte 1961 vor dem Landesjustizprüfungsamt in München die erste juristische Staatsprüfung ab.

Den Vorbereitungsdienst der Rechtsreferendare leistete ich im Oberlandesgerichtsbezirk München ab.

Am 18.Oktober 1965 bestand ich in München vor dem Landesjustizprüfungsamt die zweite (große) juristische Staatsprüfung.

Im Anschluß daran fertigte ich meine Doktorarbeit an. Gleichzeitig war ich vorübergehend als Anwaltsassessor tätig.

